المؤلفات الكاملة للشيخ علي الخفيف

(٤)

الضمان في الفقه الإسلامي

٢٥٣ على الخفيف.

ع ل ض م الضمان فى الفقه الإسلامى/ على الخفيف. ـ القاهرة: دار الفكر العربى، ٢٠٠٠.

٣٥٢ ص؛ ٢٤ سم.

يشتمل على إرجاعات ببليوجرافية.

تدمك: ٦ ـ ٠٩٢٠ ـ ١٠ ـ ٩٧٧.

١ ـ المعاملات (فقه إسلامى). ٢ ـ الفقه الإسلامى.

أ ـ العنوان.

تصميم وإخراج فنى

حسن الشريف - ثريا إبراهيم

رقم الإيداع	١٠٨٩٩ / ٢٠٠٠
I. S. B. N الترقيم الدولى	977 - 10 - 0920 - 6



الحمد لله الذى أكمل ديننا، وأتم علينا نعمته، ورضى لنا الإسلام دينا، وصلاة الله وسلامه على سيدنا محمد الذى هدانا إلى الحق المبين والصراط المستقيم، وأبلغنا شريعة رب العالمين، بيضاء نقية، واضحة قوية، سليمة من الزيف، مبرأة من النقص والعيب، هداية للضالين ورحمة للعالمين، وعلى آله وصحبه الطيبين الطاهرين المهتدين.

أما بعد، فهذا كتاب وضعتُه فيما انتهى إليه فقهاء الشريعة الإسلامية فى موضوع الضمان من بحث ونظر وتأصيل وتفريع ومقايسات ومفارقات واختلافات بينهم فيما نتج عن ذلك من أحكام وضوابط كان أساسها اجتهادهم ومراعاتهم أعرافهم، وتقديرهم للظروف والملابسات عند إنزال الأحكام على ما عرضوا له، أو عرض عليهم من الأحداث مع الاسترشاد بالأصول العامة للشريعة الإسلامية، والقواعد الكلية الفقهية المستمدة من استقراء الأحكام الشرعية، وذلك فى مجال اتسمت جوانبه، وميدان تباعدت حدوده وأطرافه وتعددت موضوعاته، واختلفت اتجاهاته، وكثرت نوازله ووقائعه وأحداثه، وقلّت مع ذلك ما أثر فيه من نصوص وكثر ما حدث فيه من تطورات وتغيرات؛ مما كان له الأثر الواضح فيما أثر وحفظ عن فقهائنا من خلاف شديد فى الأحكام، وتعارض فى المبادئ والقواعد التى خالفتها القوانين الوضعية فى كثير من الأحوال، ولم تهيأ الفرصة مع ذلك لإزالة هذا الخلاف بالتوفيق بين المنازع المختلفة، والتقريب بين الأنظار المتباعدة؛ وذلك لانصراف الناس عن تطبيق الأحكام الشرعية واكتفائهم بتطبيق ما حملوا عليه من تطبيق القوانين الوضعية جهلا منهم بما للشريعة الإسلامية من آثار طيبة، وبما لها من وزن وتقدير ومنزلة؛ إذ كانت شريعة الحكيم العليم.

ولقد أردت من كتابى هذا أن أعرض ما للفقهاء فى هذا الميدان من بحوث وأنظار وأهداف، وما قصدوا إليه من مصلحة، ليكون ذلك أساسا لموازنة بين أحكام الفقهين تهدف إلى التقريب بينهما والتوفيق بين أحكامهما مادام كل منهم لم يؤسس حكمه إلا على المصلحة، ومراعاة العرف، والحفاظ على أموال الناس وحقوقهم حتى لا ينال أحدا منهم أذى ولا ضر. ولهذا عنيت ببيان معنى الضمان وحصر أسبابه وشرحها، وما استتبع ذلك من تفريع وتقسيم وأحكام دون الاقتصار على مذهب معين من مذاهب الفقهاء؛ حتى يكون النظر الإسلامى واضحا ماثلا فى كل صوره وأحواله. وقصرت هذا البحث على ضمان الأموال لندرة ما ورد فيه من النصوص، وأرجأت بحث موضوع الكفالة، وضمان النفس وسلامتها إلى زمن مستقبل أرجو فيه التوفيق للقيام بذلك. والله المعين الموفق للصواب.

القسم الأول

دراسة لأهم مسائل الضمان فيما يتلف من الأموال مع الموازنة بين آراء الفقهاء

نظرية الضمان في الفقه الإسلامي

مخالفة الإنسان لما تجب عليه طاعته تستوجب مسؤليته:

وهى تبعة مخالفته لما يجب عليه فيه الطاعة، وهى مسئولية أدبية؛ إذا كانت مخالفة لواجب خلقى لم يعرض له القانون، ولم يأمر به؛ إذ لا يعرض القانون لما يأمر به الخلق وحسن السلوك إذا كان مما لا يترتب عليه مساس بحق من حقوق الناس، فإن أمر به القانون ورتب على مخالفته عقوبة؛ بسبب ذلك كانت المسئولية المترتبة على مخالفته جنائية، وإن لم يرتب على مخالفته عقوبة، ولكن رتب عليها حكما من الأحكام كانت مسئولية مدنية، وهى عقدية إن كان سببها مخالفة لعقد؛ أى التزام أساسه العقد، وتقصيرية إن كان سببها مجرد التزام ليس نتيجة لعقد.

ذلك اصطلاح جرى عليه رجال القانون. أما رجال الفقه الإسلامى فقد كان لهم فى هذا البيان أسلوب آخر يختلف عن هذا الأسلوب فى التعبير ولا يختلف عنه فى الجوهر والمعنى. فهم فى بيانهم يعبرون عن الإخلال بهذه الأوامر باسم المخالفة، أو بما يؤدى هذا المعنى متبوعا بما يدل على موضوعها من أنها مخالفة أخلاقية، أو مخالفة قانونية ونحو ذلك. ويرتبون عليها فى بعض أحوالها تبعة هى الضمان المالى، أو العقوبة المحضة التى ليست بمال؛ وذلك حيث لا تكون مخالفة لواجب أخلاقى محض.

ومن بيانهم لمعنى الضمان يتضح أنهم يريدون به على العموم شغل الذمة بواجب يطلب الوفاء به إذا توافرت شروطه، وقد يطلقونه على ما يجب أداؤه من مال تعويضا عن مال فُقد.

وفيما يلى بيان لما يدل عليه اسم الضمان لغة وشرعا فى لسان الفقهاء.

التعريف بالضمان:

تقول العرب: ضمنت المال وضمنت بالمال ضمانا فأنا ضامن وضمنته التزمته. ويتعدى إلى مفعول ثان بالتضعيف فيقال ضمّنته المال؛ ألزمته به (المصباح).

ويقال أيضا ضمن الشىء، أى جزم بصلاحيته وخلوه مما يعيبه.

والضامن الكفيل والملتزم والغارم، والجمع ضُمَّان وضمنة - والضمان: الكفالة والالتزام (المعجم الوسيط). وجاء فى حديث صحيح رواه أحمد، وأبو داود والترمذى والنسائى وابن ماجه وابن حبان: «الخراج بالضمان». وهو من حديث عائشة رضى الله

عنها. وقد جاء فى بعض طرقه أن رجلا ابتاع عبدا من آخر فأقام عنده ما شاء الله تعالى أن يقيم، ثم وجد به عيبا فخاصم البائع إلى النبى ﷺ فرده فقال الرجل: يا رسول الله: قد استعمل غلامى، فقال عليه الصلاة والسلام: «الخراج بالضمان». قال أبو عبيدة: المعنى أن خراج الغلام قد استحقه المشترى بضمانه؛ لأنه كان فى ضمانه، ولو هلك هلك من ماله و«خراج الشيء منافعه وكل ما خرج منه من در ونسل ونحوه».

وإذن فالضمان فى الحديث معناه التزامه به عند هلاكه واعتباره كجزء من ماله، هلاكه عليه، فإن ظهر مستحقا لزمته قيمته، وهو بهذا المعنى استعمال لغوى قريب من استعمال الفقهاء (١).

التعريف بالضمان في لسان الفقهاء:

يستعمل أكثر الفقهاء كلمتى «الضمان والكفالة» على أنهما لفظان مترادفان يراد بهما ما يعم ضمان المال وضمان النفس، وذلك عند التزامهما بعقد الكفالة أو الضمان كما سيأتى بيان ذلك. كما يستعملون اسم الضمان فيما هو أعم من ذلك، وهو ضمان المال بعقد أو بغير عقد كاعتداء.. وسيأتى بيان ذلك. واسم الضمان عند الشيعة الإمامية خاص بضمان المال، أما الكفالة فهى ضمان النفس عندهم.

* * *

والضمان بمعناه الأعم فى لسان الفقهاء هو شغل الذمة بما يجب الوفاء به من مال أو عمل، والمراد ثبوته فيها مطلوبا أداؤه شرعا عند تحقق شرط أدائه، سواء أكان مطلوبا أداؤه فى الحال كالدَّين الحالّ، أم فى الزمن المستقبل المعين، كالدَّين المؤجل إلى وقت معين، إذ هو مطلوب أداؤه إذا ما تحقق شرط أدائه، وكالمبيع فى يد من اشتراه بعقد فاسد فإن ضمانه على مشتريه مادام فى يده، يضمنه بقيمته إذا هلك لبائعه.

وللضمان مُثُلٌ عديدة: منها ضمان الكفيل ما يكفله من مال، فإن ذمته تشغل به على وجه يستتبع وجوب أدائه إلى صاحبه على ما ذهب إليه جمهور الفقهاء، أو تشغل ذمته بأدائه على وجه يستتبع مطالبته وإلزامه بذلك الأداء دون أن تشغل بالمال على ما ذهب إليه المحققون من الحنفية.

---

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم، ج ١ ص ١٨٢.

ومنها ضمان الكفيل إحضار من التزم بإحضاره من الخصوم إلى مجلس القضاء، وهذه كفالة النفس أو الوجه.

ومنها ضمان شخص تسليم عين من الأعيان فى يد آخر كالعين فى يد المستعير أو الغاصب.

ومنها ضمان الغاصب ما غصبه فتشغل ذمته برده إلى صاحبه مادام قائما ويدفع قيمته أو مثله إذا هلك تبعا لأنه قيمى أو مثلى.

ومنها ضمان المستعير لما استعاره عند من يرى ذلك وهم الشافعية والحنابلة؛ إذ تشغل ذمته بأداء قيمته إلى مالكه إذا هلك فى يده ولو بآفة سماوية.

ومنها ضمان المعتدى على مال غيره إذا أتلفه أو عيبه؛ إذ تشغل ذمته إما بقيمته، وإما بقيمة نقصه.

ومنها ضمان الدية فى شبه العمد من القتل.

والأمثلة كثيرة، ومنها ما هو محل اتفاق بين الفقهاء، ومنها ما هو محل لاختلافهم، والضمان فيها كما رأيت قد يتعلق بالمال كما فى ضمان الديون، وضمان قيم الأعيان المتلفة، وضمان الديات والأروش، وقد يتعلق بالأفعال كما فى ضمان تسليم الأعيان وإحضار الخصم وأداء الدين. وقد يكون من نتيجته طلب الوفاء فى الحال كالدين الحال، أو طلب الوفاء فى وقت معين مستقبل كالدين المؤجل، أو فى وقت غير معين مستقبل كالعارية فى يد المستعير، إذ لا يطلب منه أداء قيمتها إلا عند هلاكها، وكالعين المضمونة تحت اليد الضامنة؛ لأن ذمة صاحب اليد تشغل بقيمتها وعليه أداؤها عند هلاكها.

وقد عرض بعض الفقهاء للتعريف بالضمان فعرفه بعضهم بأنه واجب رد الشىء أو بدله عند تلفه، وآخرون بما لا يكاد يختلف عن هذا التعريف، وهو تعريف قريب مما ذكرناه.

وفى الكتاب العزيز ما يدل على الضمان: قال تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا ...﴿٥٨﴾﴾ [النساء]. فقد أوجب أداء الأمانة على من احتازها وقبضها ووجوب الأداء عليه يستلزم شغل ذمته به؛ لأنه أثر لتوجه الخطاب والطلب إليه، كما هو مبين. وذلك ما يتحقق به معنى الضمان وأنه شغل الذمة مما يجب الوفاء

به. وقال فى سورة يوسف: ﴿... وَلِمَن جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ ﴿٧٢﴾﴾ أى ضامن.

وكذا ورد في السنة ما يدل على الضمان؛ فعن جابر بن عبد الله أن النبى صلوات الله وسلامه عليه كان لا يصلى على رجل مات وعليه دين. فأتى بميت فسأل: «أعليه دين؟» قالوا: نعم ديناران، فقال ﷺ: «صلوا على صاحبكم». فقال أبو قتادة: هما علىّ يا رسول الله فصلى عليه - (رواه أحمد وأبو داود والنسائى) - فقد أقر رسول الله ﷺ ضمان أبى قتادة، وصلى على الميت من أجل ذلك.

وكذلك روى أنه صلى الله عليه وسلم طلب من صفوان بن أمية سلاحا وأدرعا يوم حنين فقال له صفوان: أغصب يا محمد؟ قال: «لا بل عارية مضمونة»، أى واجبة الرد إليك.

وقد ذكرنا آنفا حديث الخراج بالضمان.

ولما كان الضمان شغل الذمة بما قد يطلب الوفاء به إن تحقق شرط طلبه وقد لا يتحقق شرطه فلا يطلب كان أعم من الدين؛ ذلك لأن الضمان لا يستتبع مطالبة الضامن بما يشغل ذمته فى جميع الأحوال، وإنما يستتبعه فى بعض الأحوال دون بعض، وذلك عندما يتحقق شرط وجوب الأداء. فالمرتهن يعد ضامنا للعين المرهونة عند الحنفية ولا يطالب بشىء ما دام الرهن فى يده...

والمستعير ضامن للعين المستعارة عند الشافعية والحنابلة ولا يطالب بشئ ما دامت العين فى يده لم تنته إعارتها، فإذا هلكت طولب بقيمتها.

وكذلك الحال فى ضمان الدرك، لا يطالب الضامن فيه بشىء إلى أن يظهر أن المبيع مستحق فيطالب بأداء الثمن.

أما الدين فيستتبع المطالبة بوفائه، ولا تنفك عنه المطالبة إلا عند تأجيله نتيجة لتنازل الدائن عنها مدة من الزمن، ومن هنا كان الضامن أهم من المدين، فكل مدين ضامن وليس كل ضامن مدينا.

وقد ذكرنا أن الفقهاء كثيرا ما يستعملون اسم الضمان فى الدلالة على المال المطلوب أداؤه تعويضا مثل قيمة العين المملوكة، فإنها تلزم من أتلفها لمالكها.

دليل شرعية الضمان:

شرع الضمان وسيلة من وسائل حفظ أموال الناس وصيانتها؛ محافظة على حقوقهم وبعدا عن ضررهم ودرءا للعدوان عليهم وجبرا لما انتقص من أموالهم.

فقد قال رسول الله ﷺ فيما رواه أحمد وأبو داود وابن ماجه عن ابن عباس رضى الله عنهما: «لا ضرر ولا ضرار،» والضرر: الضر، والفرق بينه وبين الضرار أن الضر فعل الشخص الواحد والضرار فعل الاثنين فصاعدا وقيل: الضرار هو أن تضر من غير أن تنتفع والضر أن تضر وتنتفع أنت به. وقيل: الضرار: الجزاء على الضر؛ فالضر يكون ابتداء والضرار جزاء له(١).

وروى عن أنس رضى الله عنه قال: أهدَتْ بعض أزواج النبى ﷺ إليه طعاما فى قصعة فضربت عائشة القصعة بيدها فأتلفت ما فيها فقال رسول الله ﷺ: «طعام بطعام وإناء بإناء»(٢). وروى السائب بن يزيد عن أبيه قال: قال رسول الله ﷺ: «لا يأخذن أحدكم متاع أخيه جادا ولا لاعبا، وإذا أخذ أحدكم عصا صاحبه فليردها عليه»(٣). وروى النعمان بن بشير عن النبى ﷺ أنه قال: «من وقف دابة فى سبيل من سبل المسلمين أو فى سوق من أسواقهم فأوطأت بيد أو برجل فهو ضامن» - وهذه الأحاديث ومثلها غيرها مما اكتفينا بما ذكرنا عنه دالة على أن الضمان مشروع عند أخذ المال بدون حق، أو عند إتلافه، وفى ذلك صيانة لأموال المسلمين وحقوقهم.

أسباب الضمان:

للضمان، أو التضمين أسباب عديدة أشار إليها الفقهاء فى مواضع متعددة من أبواب الفقه، قصدا إلى بيانها، أو عرضا فى مسائل تتصل بالضمان وتؤسس عليه أحكامها. ولم يظفر هذا الموضوع فى الفقه ببحث خاص مستقل يتناول جميع عناصره وأسبابه وشروطه وأنواعه وموضوعاته وأحكامه. وإنما جاء ذكره عرضا كأصل بنيت عليه حلول كثير من المسائل عند بحثها وتعرف الحكم فيها، وحين عرض الفقهاء لبيان أسبابه على ما أشرنا إليه اختفت مناحيهم وعباراتهم فى بيانها، فذكروا منها إلزام الشارع كما ذكروا العقد، وكثيرا ما يذكرون الاعتداء والإتلاف والغصب. كما يعد بعضهم منها التفويت والتعيب والتغيير، ويعد بعضهم اليد والشرط والحيلولة بين المال وصاحبه والغرور. وبعضهم يذكر التسبب، وهكذا مما نراه فى كتب الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة وغيرها.

وهذه الأسباب ما عدا السببين الأولين متداخلة بعضها فى بعض كما يرى، فإن كلا من الإتلاف والتفويت والتعيب والتغيير والغصب ووضع اليد دون إذن من المالك

---

(١) نيل الأوطار ج ٥ ص ٢١٩، ٢٢١.
(٢) نيل الأوطار ج ٥ ص ٢٧٣.
(٣) نيل الأوطار ج ٥ ص ٢٦٨.

والحيلولة بعد اعتداء إذا حدث من مكلف مع القصد إليه فى مال مملوك لغيره بدون حق، على حين لا يوصف شىء من ذلك بأنه اعتداء إذا حدث ممن لا تمييز عنده، أو حدث من نائم؛ لأن الاعتداء لا يكون إلا عن مخالفة لما تجب الطاعة فيه من الأوامر ولا وجوب عند عدم التكليف، وكل ذلك يستوجب التضمين فى الحالتين كما سيأتى.

وكذلك الغصب يتناوله وضع اليد من غير الملك كما يتناول كذلك الحيلولة فى أكثر صورها ووضع يد غير المالك فى غير حال الغصب، كما فى وضع يد الملتقط على اللقطة إذا كان بنية إخفائها وتملكها، فإنه موجب للتضمين فى الحالين ولا يوجب تضمينا إذا كان بنية ردها إلى مالكها.

وكذلك التعيب والتغيير متداخلان كما يبدو؛ فقد يكون التعيب بسبب التغيير وقد لا يكون التغيير تعييبا إذا كان لحالة هى أحسن وهكذا.

ومن أجل ذلك كان من المستحسن بالنسبة إلى ما عدا السببين الأولين أن نتحاشى التكرار أثناء البيان، وذلك بذكر هذه الأسباب تحت عنوان جامع ترتب عليه أحكام ما تناوله من أفعال تستوجب التضمين بالنظر إلى اندراجها تحت هذا العنوان، ثم يتلو ذلك ما ينفرد به كل فصل من حكم بالنظر إلى ما له من أحوال وصور أخرى ينفرد بها بعيدا عن هذا العنوان، ولعل التعبير بالفعل الضار يغنى عن ذكر كثير من هذه الأسباب..

ولذا فإنا نبدأ بذكر السببين الأولين، ثم نتبعهما بذكر الفعل الضار، ثم نتبعه بما نرى أنه فى حاجة إلى البيان(١).

السبب الأول إلزام الشارع

يظهر إلزام الشارع فى كثير من حالات الضمان: مثل ضمان الديات والأروش، وضمان قيمة صيد الحرم عند الاعتداء عليه، أو الصيد مطلقا عند الاعتداء عليه من محرم، وضمان ما يجب من كفارات الأيمان والظهار والإفطار عمدا فى رمضان، وضمان ما أوجبه الشارع فى الأموال من زكاة، وضمان ما يجب من النفقات بوجه عام، فإن الذمة فى جميع هذه الأحوال تشغل بما يجب أداؤه شرعا من مال لإلزام الشارع به إما عقوبة زاجرة عن عمل حرمه، أو معونة فرضها، لتكون ركيزة من ركائز التعاون الذى يتطلبه بقاء المجتمع، وبخاصة فى أعضاء الأسرة الواحدة أو بين ذوى القربى.

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطى الشافعى ص ٤٢٨. قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام الشافعى ج / ٢ ص ١٥٤. الفروق للقرافى المالكى ج ٢ ص ٢٠٦ وج ٤ ص ٢٧.

الغاية فيما ألزم به الشارع من مال:

ففيما ألزم به من المال عند الاعتداء على النفس، أو على طرف من أطرافها فى بعض الأحوال وهو ما يعرف فى الفقه باسم الديات، أو الأروش معنى العقوبة الزاجرة عن هذا الفعل المحظور؛ ولذا كانت مسئولية المعتدى فى هذه الحال من قبيل ما يسمى فى الفقه الوضعى بالمسئولية الجنائية؛ لأن الضرر فيها بوقوعه على الفرد قد مس المجتمع فى أمنه مساسا أصابه به الضرر، وكان له بسبب ذلك مُساءلة المعتدى بواسطة من يمثله من أولى الأمر والولاية فيه، وكان الجزاء المترتب عليه من قبيل العقوبة، وإن كان جزاء ماليا يشبه أن يكون له صفة التعويض يعطى للمعتدى عليه عوضا عما أصابه من ضرر. ويقوى هذا الشبه، ويظهر جليا فيما يلزم به المعتدى فى حالات الاعتداء التى لم يقدر فيها الشارع جزاء ماليا وترك تقديره لذوى الخبرة والنظر. وذلك ما يسمى فى الفقه الإسلامى بحكومة العدل، إذ لا يخلو ذلك التقدير فيها من مراعاة المعادلة بين الضرر والجزاء بواسطة ذوى الخبرة.

غير أن الفقهاء قد وضعوا لذلك أسسا باعدوا بها بين هذا التقدير وبين المعادلة التى يقوم عليها تقدير التعويض، ويدل عليها قوله تعالى: ﴿وَجَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِّثْلُهَا ... ﴿٤٠﴾﴾ [الشورى] وقربوه من أن يكون عقوبة. فذهب بعض فقهاء الحنفية إلى أنه ينظر فى تقدير الجزاء إلى أقل شجة لها أرش مقدر من الشارع وهى الموضحة(١)، فيوازن بينها وبين الجرح الحادث حتى إذا تبين أن مقدار الجرح يعادل ثلثها أو ربعها مثلا كان الواجب ثلث أرشها أو ربعه، وهو عبارة عن نصف عشر الدية(٢)، وإلى هذا ذهب الكرخى وصححه شيخ الإسلام(٣).

وذهب الطحاوى إلى أن المشجوج يفرض عبدا فيقوم بلا شج ثم يقوم بهذا الشج، وعلى أساس التفاوت بين القيمتين ونسبة إحداهما إلى الأخرى تنقص الدية، فإن كانت القيمة حين الشج ثلاثة أرباع القيمة سليما كان الواجب ثلاثة أرباع دية الحر كاملة، وقد أفتى بهذا الرأى كما فى «الوقاية والنقاية والملتقى والدر والخانية» وغيرها.

---

(١) وهي الشجة التى تظهر العظم.

(٢) الدية مائة من الإبل أو ألف دينار من الذهب أو عشرة آلاف درهم من الفضة.

(٣) هو محمد بن الحسين بن محمد أبو بكر المعروف بيكر خواهر زادة كان شيخ الأحناف فيما وراء النهر. توفى سنة ٤٨٣ هـ.

وقد لوحظ على الرأى الأول أنه إنما يستقيم لو كانت الجناية فى وجه أو رأس حيث تكون الموضحة، أما إذا كانت فى غيرها فلا تستقيم الموازنة؛ ولذا كان الرأى الثانى أيسر وأوضح.

وذهب آخرون إلى أن حكومة العدل تقدر بما يتطلبه علاج الجرح أو الشجة من النفقة وأجرة الطبيب وثمن الأدوية وما إلى ذلك إلى أن يبرأ.

وذهب الأئمة الثلاثة إلى الأخذ بالرأى الثانى، وفيه قال ابن المنذر أنه قول كل من يحفظ عنه من أهل العلم.

والبادى أن هذه آراء اجتهادية أساسها القياس على ما ورد من الأروش في الشجاج، وعدم مراعاة التفاوت بين أفرادها بالنسبة إلى النوع الواحد منها إذ لا تخلو من تفاوت فيما بينها، وذلك ما يجعل هذا النوع من الجزاء أشبه بالعقوبة منه بالتعويض، وبخاصة إذا لوحظ أنه فى مقابلة ما لا يقوم بالمال، والتعويض المحض يكون فى مقابلة المال بالمال، ولذا كان هذا النوع من الجزاء ذا شبهين: شبه بالعقوبة وشبه بالتعويض، وهو إلى العقوبة أقرب(١).

ولمثل هذه المعانى سلِّمَ ما أشرنا إليه ابتداء، وهو أن ما كان التقدير فيه من الشارع يعد من قبيل العقوبة؛ لأنه لا يختلف ولا يتغير باختلاف من أصابه الضرر ولا باختلاف أثره؛ لأنه مؤسس على ما لكل إنسان من حق الحياة الماثلة فى جسمه وأجزائه وهو حق يستوى فيه الناس جميعا،وهذا ما جعله بالعقوبة ألصق وأقرب. وبناء على ذلك لم يدخل هذا النوع فى موضوع دراستنا. وكذلك الوضع فيما ألزم به الشارع الصائد المحرم من مال عند اعتدائه على الصيد، وفيما ألزم به المعتدى على صيد المحرم، وفيما ألزم به من كفارات فى الأيمان وفى الإفطار عمدا فى رمضان، وفى الظهار، فإن هذا الإلزام يعد من قبيل العقوبة والزجر عن هذا الفعل المحظور، وليس له فى هذه الأحوال شبه بالتعويض عن الضرر؛ إذ ليس هناك ضرر قد مس فردا فى حق من حقوقه، ولم يكن إلا ارتكاب إثم أراد الشارع الزجر عنه بذلك الإلزام؛ ولذا كانت المسئولية فيه من قبيل المسئولية الجنائية، وكان الجزاء عقوبة محضة.

ويلاحظ أن الإلزام فى الاعتداء على الصيد ليس مسببا عن الاعتداء، فإنه واجب أيضا على النائم إذا انقلب على صيد الحرم فقتله فإن الجزاء يلزمه، فى حين أن النائم

(١) الدر المختار وابن عابدين ج ٥ ص ٤١٢.

غير مكلف حال نومه فلا يكون فعله عندئذ اعتداء. وهو إلى ذلك فى هذه الأحوال لا يعد تعويضا عن مال مملوك أتلف، كما يبعده عن هذا المعنى عند الاعتداء على الصيد أنه عندما يشترك فى هذا الاعتداء أكثر من واحد فإنه يجب على كل واحد جزاء كامل ولو كان تعويضا أو شبيها به؛ لاشتراك المشتركون فى جزاء واحد، وقد جاء فى الهداية أن هذه غرامة تشبه غرامات الأموال من ناحية أنها مترتبة على اعتداء على مال لا من ناحية أنها تعويض،وجاء فى البحر أنها كفارة عن جريمة تتمثل فى الجناية على الإحرام بارتكاب محظور من محظوراته العامة والناس فيه سواء(١).

أما ما ألزم به الشارع من النفقات على العموم، أو من زكاة الأموال فشغلت به الذمم فإنه كذلك لا يحمل معنى التعويض عن ضرر وقع ولا معنى الزجر والعقوبة. وإنما يعد من قبيل ما يتطلبه نظام المجتمع من واجبات يقوم بأدائها أفراده ليصلح عيشهم؛ ولذا كانت المسئولية فى هذه الأحوال عند الامتناع عن الأداء تختلف عن المسئوليات السابقة من ناحية أن المخالفة فيها اعتداء مجرد ومخالفة لأمر دينى، وأن الضرر المترتب ليس بالضرر الخاص وإنما هو خروج على نظام يتطلبه أمن المجتمع وسلامته، وإذا أريد له جزاء لم يكن إلا العقوبة الرادعة بالتعزير الزاجر، ولهذا لم تكن حالات هذا الضمان والمخالفة فيه مما يتناوله موضوع دراستنا؛ لأنها فى الضمان المالى الذى يعد تعويضا عن ضرر مالى.

ويلاحظ أن الضمان المترتب على أسباب الضمان الأخرى لا يعدو أن يكون ضمانا أمر به الشارع وألزم به؛ لأن الضمان حكم ولا حكم إلا للشارع، فكل التزام تشغل به الذمة مرده إلى إلزام الشارع، غير إن إلزام الشارع قد يكون مباشرا ومنصبا على الملتزم به ابتداء، وقد يكون مرتبا على سبب وعندئذ يضاف إلى هذا السبب المباشر وإن كان مرده فى النهاية إلى إلزام الشارع، وذلك كما فى سائر أحوال الضمان فإن الإلزام فيها أوجبه الشارع عند وجود سببه.

ويلاحظ أن تضمين الضامن فى حالة الضمان المترتب على العقد أو على الاعتداء على الحق، قد يكون فى بعض صوره - كما فى رفع يد المالك عن ملكه، أو وضع يد ليست محقة عليه - أثرا لضرر لم يكن سببه فعلا حدث من شخص على وجه المباشرة أو على وجه التسبب وإنما يكون نتيجة لأمر سماوى لا يد للضامن فيه، وذلك كما فى

---

(١) ابن عابدين ج ٢ ص ٢١١، الهداية ج ٢ ص ٢٥٨، البحر ج ٣ ص ٣١.

هلاك العارية فى يد المستعير عند من يرى تضمينه عند الهلاك، وكما فى هلاك العين المستأجرة عند مخالفة المستأجر لما يدل عليه العقد وصيرورة يده يد ضمان، وكما فى هلاك الأمانة عند تقصير الوديع فى حفظها، ففى هذه الأحوال وأمثالها يضمن ذو اليد ولو لم يكن منه إتلاف بطريق مباشر أو بتسبب، وهذا ما سنفصل فيه القول عند التعرض لبيان المسئولية وأنواعها.

ولما كان موضوع دراستنا هذه لا يتناول بحث الضمان بإلزام الشارع وتفصيل القول فيه، فإننا نكتفى بما ذكرنا فى بيانه على إجماله ونتبعه ببيان الأسباب الأخرى وما يترتب عليها من أحكام.

السبب الثاني الالتزام

من العقود ما شرع لإفادة الضمان حكما له وأثرا كعقد الكفالة، وهو التزام يتم بين طرفين على رأى بعض الفقهاء فيكون عقدا بالمعنى الخاص المعروف للعقود، ويتم من جانب واحد هو الكفيل على رأى فريق آخر من الفقهاء فيكون عقدا بالمعنى العام للعقد أو التزاما. وعلى أية حال فإن حكمه المترتب عليه التزام الكفيل وهو الضامن ضمان المكفول فتشغل به ذمته كما تشغل بأدائه. والمكفول به قد يكون دينا فى ذمة مدين فتشغل به ذمة الكفيل كما تشغل بأدائه على رأى جمهور الفقهاء، وتشغل بأدائه فقط على رأى محققى الحنفية، وعندئذ يكون المكفول فعلا هو أداء الدين لا الدين نفسه ـ وقد يكون المكفول به فعلا كما فى الكفالة بتسليم الأعيان.

والأعيان التى يضمن تسليمها قد تكون تحت يد ضمان فتكون مضمونة على صاحب اليد كالعين المغصوبة فى يد غاصبها، وقد تكون تحت يد أمان فتكون أمانة كالوديعة تحت يد الوديع، وكذلك جميع الأمانات ـ فإذا كانت العين المضمون تسليمها مضمونة كانت ذمة الضامن مشغولة بتسليمها ما دامت قائمة، فإن هلكت شغلت ذمته بقيمتها. وكان عليه الوفاء فى الحالين بما شغلت ذمته به. وإن كانت العين من الأمانات شغلت ذمته بتسليمها فقط مادامت قائمة، فإن هلكت انقضى ضمانه ولا يطالب بشىء.

الضمان المترتب على العقود:

ومن العقود ما شرع لإفادة حكم آخر غير الضمان، ولكن الضمان يترتب عليه أثرا لازما لحكمه كعقد البيع فإنه شرع لإفادة الملك فى البيع والثمن، ويلزم ذلك التزام البائع بتسليم المبيع إلى المشترى عند أدائه الثمن فتشغل به ذمته كما قد تشغل ذمته بالمبيع

نفسه دينا للمشترى إذا كان البيع سلما فيه، وكذلك يلتزم به المشترى بتسليم الثمن إلى البائع إذا كان عينا وتشغل بتسليمه ذمته كما تشغل به ذمته أيضا إذا كان دينا. وكعقد العارية إذ إنه مشروع لإفادة ملك منفعة العين المستعارة، أو إباحتها على الخلاف فيما تفيده العارية من إباحة أو تمليك.

وكما يترتب الضمان على بعض العقود أثرا لازما لأحكامها يترتب عليها أثرا لاشتراط شرط صحيح فيها أو لاشتراط فرضه العرف؛ لأن المعروف عرفا فى العقود كالمشروط فيها شرعا، وأساس ذلك قوله ﷺ: «المسلمون عند شروطهم إلا شرطا أحل حراما أو حرم حلالا» وإنما يكون الشرط فى العقد ملزما إذا كان مفيدا ـ أما إذا لم يكن مفيدا فلا يلزم. ذهب إلى ذلك الحنفية، وذهب الشافعية فى الأرجح عندهم إلى أن الشرط فى الحالين يكون ملزما ولا تجوز مخالفته إلا لضرورة[١].

وإذا كان الضمان متعلقا بمال فإن الذمة تشغل به كما فى ضمان الدين، وكما فى ضمان الدرك عند الجمهور، وذلك عند استحقاق المبيع إذ تشتغل ذمة الضامن بالثمن، وبناء عليه إذا كان المضمون مالا كان على الضامن الوفاء بأداء ما شغلت به ذمته من مال إلى مستحقه، فإذا امتنع أجبره القضاء على ذلك ونفذ على ماله بالطرق المشروعة فى التنفيذ على المدين بوفاء دينه، وإذا ظهر إعساره فنظرة إلى ميسرة وليس عليه تعويض جزاء تأخير الوفاء وإن ترتب على ذلك ضرر بالدائن كما سيأتى.

أما إذا كان الضمان متعلقا بفعل كما فى التزام الأجير بالعمل وكما فى الالتزام بتسليم العين وامتنع الملتزم عن الوفاء فإنه يجبر عليه ويحمل على ذلك بما يراه الحاكم من تعزير، جزاء على ظلمه وليس عليه أيضا تعويض بسبب ما ترتب على تأخيره الوفاء من ضرر.

ذلك لأن وجوب التضمين بالمال إنما يكون فى ضرر مالى أصاب المضرور، وذلك بتلف بعض ماله أو نقص قيمته بفعل ضار. أما الضرر الذى لا يتمثل فى فقد مال كان قائما فلا يرى الفقهاء فيه تعويضا، غير أنهم نصوا على أن الأجير إذا امتنع عن أن يقوم بما التزم به من عمل فترتب على ذلك تلف مال لمن استأجره وكان عمل الأجير وقاية له لزمه التعويض بأداء قيمة ما تلف، وذلك كما إذا استأجر إنسان آخر لترميم جدار فامتنع عن ذلك فترتب عن امتناعه سقوط الجدار، أو استأجر أجيرا ليقيم له حاجزا على حافة

(١) المهذب ج ١ ص ٣٥٩ ومغنى المحتاج ج ٣ ص ٨٤.

مزرعتـه ليمنع طغيان ماء النـهر عليها ثم امتنع فـتسبب عن امتناعه أن طـغى الماء عليها فأتلف ما فيها من زرع، فإنه يلزم بقيمة ما تلف لتسببه فى هذا التلف.

ويلاحظ أن هذا ليس من قبـيل ضمان العـقد، إذ لم يكن من أثر عقـد الإجارة ضمـان الجدار أو ما فى المزرعـة من زرع، وإنما هو ضمان إتلاف حـدث تسببـا بسبب امتناع الأجير عما التزم به امتناعا كان فيه متعديا. وقد جاء فى «كشاف القناع» من كتب الحنابلة [١] أن الأجير يلزم بأن يشرع فيما استؤجر عليه عقب العقد إذ من أثره مطالبته حالا بالقيام بما التزم به من عمل، فلو ترك مـا يلزمه بلا عذر فتلف المال «محل العمل» بسبب هذا الترك ضمن قيمة ما تلف بسبب امتناعه وليس هذا بخارج عما تقتضيه قاعدة تضمين المتلف بطريق التسبب التى هى محل اتفاق بين المذاهب الفقهية.

معنى ضمان العقد:

ولم يكن هذا من ضمان العـقد؛ لأن ضمان العقد فى نظر الفـقهاء لا يكون إلا فيمـا نص عليه فى العقد كـالمبيع فى عقد البـيع، الثمن إذا كان عينا والأجـرة فى عقد الإجارة إذا كانت عينا معينة، وبدل الصلح إذا كان عينا كذلك.

وفى الأشباه للسيوطى [٢]. ما يضمن ضـمان عقد قطعـا هو ما عين فى صلب العقد من مـبيع أو مسلم فيه أو أجـرة أو ثمن أو صلح إذا كانت أعيانا، فهـذه الأعيان وأمثالها تعد مـضمونة ضمان عقد فى يد من وجب عليه بالعقـد تسليمها إذا تلفت قبل تسليمها، وضمانهـا عندئذ يكون مما يقتضيه العقد من بدل دون مراعاة لقيـمتها كأساس فى التقـدير، فالمبيع عند هلاكـه فى يد البائع مضـمون بالثمن فيـسقط الثمن بهـلاكه، ويبطل عقد البيع ويرد الثمن إذا كان قد أدى قبل ذلك.

وكذلك الحكم عند هلاك الثمن إذا كان عينا، إذ إنه يعد فى الواقع مبيعا، وذلك لأن ضمان العقد لا يقوم على تحقـيق المماثلة والمكافأة بين العوض والمعوض عنه كما هو الحال فى ضمـان الإتلاف، وإنما يؤسس على الرضا والاتفاق الذى تضمنه العقـد بقصد منفعة المتعاقدين حـسب رغبتهما من العقد؛ ولذا سقط اعتبـار التفاوت فيه بين البدلين، بخلاف ضمان الإتلاف؛ إذ يجب فيه مراعاة المسـاواة فى القيمة ولا تجوز فيه زيادة أحد البدلين على الآخر، ويجبر فيه الآبى على قبول البدل، ويراعى فيه أوصاف التالف عند

(١) ج ٢ ص ٣٠٠.
(٢) ص ٢٧٧.

التقدير، على حين لا تراعى هذه الأوصاف فى ضمان العقد ذلك، لأن العقد إنما يرد على العين دون أوصافها، بخلاف الحال فى ضمان الإتلاف إذ أساسه الفعل الضار والفعل يرد على العين وعلى أوصافها فوجب لذلك مراعاتها فى التقدير؛ ولذا قالوا أن من غصب جارية ناهدةالثديين فانكسر ثدياها عند الغاصب ضمن نقصانها بخلاف ما إذا اشتراها ناهدة الثديين فانكسر ثدياها عند البائع قبل تسليمها، إذ ليس للمشترى تضمين البائع ما أصابها وذلك بنقص قيمته من الثمن؛ لأن الثمن إنما كان فى مقابلة ذات الجارية.

الفرق بين ضمان العقد وضمان الإتلاف وضمان اليد:

ومن هذا البيان يبين أن ضمان العقد يختلف عن ضمان الإتلاف وضمان اليد فإن ضمان الإتلاف إنما يكون أثرا للإتلاف، ويضمن به المتلف قيمة ما أتلفه وقت تعديه سواء أكان المال المتلف فى يده أم لا، وضمان اليد هو الضمان يتلف المال فى ضمان، وذلك بسبب لا يد لصاحب اليد فيه، ويراعى فى هذين النوعين قيمة المال التالف إذا كان قيميا وأداء مثله إذا كان مثليا ـ كما يتبين أن ضمان العقد الذى يعرفه الفقهاء غير المسئولية العقدية فى إصلاح فقهاء التشريع الوضعى، فضمان العقد ضمان مال تالف بناء على عقد اقتضى الضمان، أما المسئولية العقدية فليس التعويض فيها تعويضا عن مال تالف، وإنما هو تعويض عن ضرر نشأ عن عدم تنفيذ المدين ما التزم به بناء على العقد؛ ولذا فإنها تتطلب فى وجودها وجود عقد صحيح واجب التنفيذ لم يقم عاقده بتنفيذه، وذلك عندما يتعين أن يكون التنفيذ عينيا. أما إذا كان التنفيذ بأداء مال، فإن الواجب حينئذ هو الالتزام بأداء هذا الدين جبرا بما تؤدى به الديون جبرا، ولا يكون عندئذ محل للمسئولية العقدية[1]؛ وذلك ما لا يراه فقهاء الشريعة، فإن عدم قيام الملتزم بالتزامه يستلزم شرعا إلزامه وإجباره عليه، فإن امتنع كان امتناعه معصية يستحق عليها التعزيز إلى أن يمتثل. أما إلزامه على وجه التعويض عما أحدثه بامتناعه من ضرر لا يتمثل فى فقد مال فلا تبيحه القواعد الفقهية، والأصول الشرعية التى تقضى بأن أخذ المال لا يكون إلا تبرعا، أو فى مقابلة مال أخذ أو أتلف، وإلا كان أكلا له بالباطل، وعلى ذلك يكون أخذه تعويضا عن ضرر لم يترتب عليه تلف لمال غير جائز شرعا؛ لأن أساس التعويض فى نظر الفقهاء هو مقابلة المال بالمال، فإذا قوبل المال بغير مال كان أكلا له بالباطل، وإنما جازت الإجارة مع أن فيها مقابلة مال، وهو الأجرة بغير مال، وهو

---

(١) الوسيط للدكتور سنهورى ج ١ ص ٦٨٣.

المنفعة فيما يرى الحنفية، للضرورة والمصلحة العامة التى اقتضت ذلك تأسيسا على قيام الأعيان فيها مقام منافعها، وعلى تراضى المتعاقدين على ذلك، وعلى هذا الأساس فالفقه الإسلامى لا يعرف المسئولية العقدية التى يعرفها الفقه الوضعى كما لا يرتب التعويض على الضرر الأدبى.

العقود التى تفيد ضمانا:

والعقود التى يترتب عليها الضمان هى: عقد البيع، وعقد الإجارة، وعقد النكاح والطلاق بعوض، والخلع والعارية عند الشافعية والحنابلة، والصلح والكفالة. وقد اتفق الفقهاء على أن كل عقد يجب الضمان فى صحيحه يجب الضمان فى فاسده عدا الكفالة، وكل عقد لا يجب الضمان فى صحيحه لا يجب الضمان فى فاسده والعقود المشار إليها موجبة للضمان عند صحتها، وعلى ذلك فهى توجب الضمان عند فسادها، غير أن عقود الأمانات كالمضاربة والشركة والوكالة والوديعة والعارية عند الحنفية والمالكية، وعقود التبرعات كالهبة والصدقة لا يجب الضمان فيها مع الصحة ولا مع الفساد عند التلف.

فالبيع عند صحته يوجب ضمان المبيع على البائع ما دام فى يده قبل أن يسلمه، وهلاكه فى هذه الحال يكون بثمنه فيسقط عن المشترى ويسترده من البائع إن دفعه إليه ويبطل العقد. أما إتلافه فى هذه الحال فإن كان من البائع فكذلك الحكم.

وإن كان المشترى عد بذلك متسلما وقابضا له وتم بذلك البيع، وإن كان من أجنبى كان المشترى مخيرا بين إبطال البيع واسترداد الثمن من البائع إن كان قد دفعه، ومعنى ذلك ضمانه على البائع بالثمن، ثم يرجع البائع على المتلف بقيمته وقت الإتلاف. وبين أن يمضى البيع ويرجع على المتلف بالقيمة وقت الإتلاف، ومؤدى ذلك فى الحال الأولى ضمانه على البائع بالثمن ضمان عقد، وعند ذلك يرجع البائع على المتلف فيضمنه بقيته وقت إتلافه ضمان تعد وإتلاف، وفى الحال الثانية ضمانه على المتلف ضمان إتلاف للمشترى.

وأما إذا هلك فى يد المشترى فإن هلاكه يكون عليه فى حال صحة العقد، أما عند فساده فالمبيع فى يد البائع قبل تسليمه على ملكه؛ إذ لا يترتب على البيع الفاسد حكمه قبل القبض، وإذا هلك هلك عليه، أما إذا تسلمه المشترى فإنه يكون مضمونا عليه ضمان يد.

وقد اختلف النظر في ضمانه حينئذ فمن الفقهاء من ذهب إلى أنه مضمون ضمان يد بقيمته عند تسلمه، إذ إن المشترى قد قبضه بغير حق، ويجب عليه شرعا أن يرده إلى مالكه تجنبا للمحظور شرعا. وليس لرضا البائع بالتسليم اعتبار مع الحظر من الشارع ولا للاتفاق على الثمن اعتبار أيضا؛ لبطلانه في ضمن فساد العقد.

ومن الفقهاء من ذهب إلى أنه مضمون ضمان عقد بالثمن للاتفاق بين المتعاقدين على تملكه بالثمن المتفق عليه قياسا على من قال لآخر: تصدق بمالك هذا عنِّى بكذا، وهذا القياس محل نظر؛ إذ فى الأمر بالتصدق نظير مبلغ من المال وتنفيذ المأمور هذا الأمر اتفاق على أن يتملك الآمر بالمبلغ المعين ما أمر بالتصدق به وعلى توكيله صاحب المال بالتصدق به عن الآمر وليس الحال كذلك فى البيع الفاسد فإن الاتفاق فيه اتفاق لا يقره الشارع لفساده ووجوب الثمن عند التلف لا أساس له؛ لأن الواجب حينئذ هو قيمة التالف والضمان عندئذ ضمان يد لا ضمان عقد.

وعقد الإجارة يوجب ضمان المنفعة على المنتفع بالأجرة عند انتفاعه إذا كان العقد صحيحا، وكذلك إذا كان فاسدا، غير أن المضمون فى الحال الأول هى الأجرة المسماة، وفى الحال الثانية أجرة المثل بالغة ما بلغت عند الشافعية[1]، وعند الحنفية الواجب فى هذه الحال أجر المثل لا يزيد عن المسمى إن كان هناك مسمى لرضا الطرفين[2].

وعقد الإجارة يفيد ملك منفعة العين المستأجرة بعوض، فإذا كان المستأجر عينا استتبع أن يكون للمستأجر حق مطالبة المؤجر بتسليم العين المستأجرة لاستيفاء ما تم التعاقد عليه من منفعتها والتزام المؤجر بتسليم العين إليه فإذا سلمها إليه وفاء لالتزامه بتسليمها كانت يد المستأجر عليها يدا محقة مستندة إلى عقد الإجارة وكانت لذلك يد أمانة مادام عند عقده لم يتجاوز حقه الذى تملكه فى الانتفاع بها، ولا ما شرط فى العقد من شروط وما يوجبه عليه المعرف، فإذا تجاوز ذلك أصبحت يده لا تستند إلى العقد؛ ولذا تتحول يد ضمان فإذا تلفت العين فى يده ضمنها بقيمتها أو بمثلها عند الاعتداء عليها ضمان يد.

وإذا كان المستأجر أجيرا استتبع العقد إلزامه بالقيام بما استؤجر عليه وذلك يوجب عليه بأن يسلم نفسه إلى المستأجر إذا كان أجيرا خاصا وأن يقوم بما التزم به من عمل،

---

(١) نهاية المحتاج ج ٥ ص ٣٢٣.
(٢) الدر المختار ج ٥ ص ٣٣.

وإن كان أجيرا مشتـركا استتبع العقد إلزامه بأن يقوم بما اسـتؤجر عليه من عمل، وعند ذلك تشغل ذمة كل منهما بأداء العمل الذى تم عليه المتـعاقد، فيكون ضامنا لما استؤجر عليه من تسليم أو عمل ضمان عقد حتى إذا لم يقم بذلك لم يستحق أجرا.

وإذا اقتضى العمل المستأجر عليه وضع يده على مال أو متاع للمستأجر كانت يده عليه يد أمانة، وفى ذلك خلاف بالنسبة إلى الأجير المشترك نعرض له فى موضعه.

وعقد الإجارة يستتبع شغل ذمة المستـأجر بالأجرة فتصبح فى ضمانه ويجب عليه أداؤها عند توافر شرط ذلك، غـير أنها تصير مشغـولة بها عند الشافعيـة، بمجرد العقد ومن ذهب مذهبـهم لتحقق المبـادلة بالعقد، ويرى الحنفـية أن الذمة لا تشغل فـعلا إلا باستيفاء المـنفعة؛ لأن المبادلة لا تتم إلا عند ذلك فإذا لم يتحقق الانتفـاع وفاتت المنفعة على من تملكها سـقطت الأجرة وبرئت ذمة المسـتأجر. ومن ذلك أن المنفـعة مضـمونة ضمان عـقد بالأجرة على المؤجر سـواء أكان مؤجرا لعين، أم مـؤجرا لنفسه، كـضمان المبيع لدى البائع إذا تلف فى يده إذ يعـد مضمونا عليه بالثـمن، وهذا إنما يظهر على ما ذهب إليه الشافعية من حصول المبادلة بين المنفعة والأجرة بمجرد عقد الإجارة.

أما على مذهب الحنفية فلا يظهر إذ لا يكون لعقد الإجارة عندهم أثر فى المعقود عليه وهو المنفـعة قبل الانتفاع فـعلا أو قبل تسليم العين، ولهذا إذا كـانت الأجرة عينا معينة ملكها المؤجر للعين أو الأجير فى الحال بمقتضى العقد عند الشافعية، ولكنهم يرون أن الملك فيـها ملك مراعى كلما مـضى جزء من الزمن على السلامة أو انتـهى جزء من الانتفـاع استقر على مـا يقابل ذلك، فإذا فاتـت المنفعة كلها فى هذا الحـال ولم يحدث الانتفاع انفسخت الإجارة وانتقض الملك وصارت العين إلى من كان يملكها.

أما الحنفية فيرون أنه إذا ما كانت الأجرة عينا معينة لم يكن للمؤجر فيها ملك إلا باستيفاء المنفعـة فيملك منها ما يقابل ما استوفاه من المنفعة، حـتى إذا استوفى المستأجر المنفعة وكلهـا ملك المؤجر العين كلها. وعلى ذلك تكون العين فى يد مالكها بـعد عقد الإجارة وتمام الانتفاع، بناء عليه مضمـونة بالقيمة أو بالمثل، وهذا ظاهر إذا كان الهلاك بعد استيفاء المنفعة؛ لأنها صـارت مالا مملوكا هلك فى يد غير مالكه، وكانت يده عليه يد ضمان، أما إذا كان الهلاك قبل استيفاء المنفعة وبعد تمام العقد فإن عقد الإجارة يفسد بهذا الهلاك؛ للعجز عن تسليم الأجرة وبفـساده تهلك العين على مالكها، إذ لا يترتب على عقـد الإجارة فى هذا الحال أثر ـ وإذا ظلت العين المستـأجرة فى يد المستأجـر بعد

انقضاء عقد الإجارة كانت أمانة أيضا استصحابا لما كانت عليه من قبل، ولأن المستأجر لا يلزمه الرد ولا مئونته وإنما يلزم بالتخلية فقط عند الطلب حتى لو شرط عليه الرد فى العقد فسد العقد وهو مذهب الحنفية، وذلك بخلاف الأمانة الشرعية إذ عليه بمجرد ثبوت يده عليها إعلام مالكها إن كان يعرفه وردها إليه وإلا ضمنها.

وذهب بعض الشافعية إلى أن يد المستأجر فى هذه الحال تكون يد ضمان؛ لأن الإذن فى وضع اليد كان مقيدا بعقد الإجارة، وقد زال، ولأنه إنما أخذ العين لمصلحة نفسه فاشبه المستعير(١).

وعقد النكاح يستتبع بمجرد تمامه شغل ذمة الزوج بالمهر إن كان دينا فيكون حكمه حكم الديون تشغل بها ذمة المدين، وأما إذا كان عينا فإنه يكون بمجرد العقد مملوكا للزوجة ويجبر الزوج على أن يسلمه إليها؛ ولذا يصير مضمونا عليه كالبيع فى يد بائعه قبل تسليمه للمشترى إذ يصير مضمونا عليه بالثمن. غير أن المهر فى حالتنا هذه غير مقابل بمال، ولهذا اختلف النظر فى ضمانه وبدله إذا تلف فى يد الزوج قبل تسليمه للزوجة فإن ضمانه على الزوج حينئذ؛ لأنه مال مملوك للزوجة فى يده وعليه تسليمه إليها بموجب العقد، فإذا لم يسلمه وجب عليه [illegible] لها وقت تعديه بعدم تسليمه إلى الزوجة عند القدرة عليه عند الحنفية، وإذا طلقها قبل الدخول فى هذه الحال وجب عليه نصف قيمته لارتفاع ملكها عن نصفه بالطلاق قبل الدخول، وإذا قبضته الزوجة فتلف فى يدها وطلقها الزوج قبل الدخول بها وجب عليها رد نصف قيمته، لأنه تبين بالطلاق قبل الدخول فساد ملكها فى النصف فكان يدها مضمونا عليها كما يكون مضمونا عليها له إذا كانت الفرقة من قبلها قبل الدخول بسبب هو معصية - هذا ما ذهب إليه الحنفية(٢).

أما الشافعية فقد اختلفوا فى ضمانه إذا كان عينا معينة فتلف فى يد الزوج قبل تسليمه للزوجة، والأصح عندهم أنه مضمون ضمان عقد فإذا تلف فى هذه الحال وجب على الزوج بتلفه مهر مثل الزوجة ولا يضمنه بقيمته، وقيل: للزوجة بقيمته وهو قول أحمد.

---

(١) نهاية المحتاج ج ٥ ص ٣٠٦.

(٢) الدر المختار وابن عابدين عليه ج ٢ ص ٣٦١ وص ٣٧٧.

وكذلك الحكم عندهم فى بدل الخلع إذا كان عينا معينة، فذهب بعضهم إلى أنه مضمون فى يدها ضمان عقد، فإذا تلف وجب بتلفه للزوج ما تم الاتفاق يضمنه عليه مهرا.

وعقد الإعارة عند الشافعية والحنابلة يوجب ضمان العارية فى يد المستعير، فإذا تلفت فى يده ضمنها بقيمتها يوم تلفها إن كانت قيمية سواء أكان تلفها نتيجة تعد من المستعير أم لا وضمنها بمثلها إن كانت مثلية، وذلك أثر من آثار العقد عندهم، وعلى هذا فضمانها لا يختلف عن ضمان الاعتداء. والحكمة فى ذلك توفير مال المعير حتى لا يناله ضرر بسبب ما تفضل به على المستعير من الانتفاع بالمجان، ولأن الغنم بالغرم - وهذا الذى ذكرناه مذهبا عند الشافعية هو ما ذهب إليه السبكى واختاره كثير منهم، ولكن جاء فى «الأنوار» من كتبهم إن المستعير إنما يضمن العارية عند تلفها بالقيمة مطلقا سواء أكانت قيمية أم مثلية، والعبرة بقيمتها وقت التلف، واعتمده بعض الشراح[١].

وأما الصلح فهو عند إفادته الضمان يكون بيعا إذا قام على مبادلة مال بمال، أو إجارة إذا قام على مبادلة منفعة بمال، وعليه يكون الحكم فيه كالحكم فيهما.

وأما الكفالة فسنفصل أحكامها عند كلامنا عليها لطوله فى الجزء الثانى من الكتاب.

الضمان بناء على التزام بالنيابة:

ومما يتناوله هذا السبب الالتزام بسبب النيابة، وهذه النيابة قد تكون اختيارية بإرادة المنيب كما فى الوكالة، وقد تكون بحكم الشرع أو العرف كما فى نيابة الوصى عن الصغير والقيم عن المحجور عليه والحاكم بناء على ولايته العامة، والولاية التى تستوجبها الضرورة، دفعا للضرر وأقرها الشارع بناء على ذلك، والولاية فى أى تصرف يقضى العرف برضا صاحب الشأن عنه بحيث لو رجع إليه فيه قبل مباشرته لارتضاه وأذن به، ففى هذه الأحوال يكون ما ينفقه النائب من مال فى حدود ولايته مضمونا على المنوب عنه بحيث يكون له الرجوع عليه به فى ماله ويظهر ذلك بما يأتى:

أولا: فيما ينفقه الوكيل فى حدود وكالته من مال فى شراء سلعة أو فى عمارة دار أو فى نفقه أو فى قضاء دين أو نحو ذلك، فإن ذلك يكون مضمونا على الموكل للوكيل أن يرجع عليه به.

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطى ١٨٩، ٤٢٨ والقواعد لابن رجب ص ٢١٤.

ثانيا: فيما ينفقه الولى أو الوصى أو القيم من ماله فى شأن من شئون المولى عليه غير متبرع به فإن ذلك يكون مضمونا على المولى عليه، يرجع به من أنفقه عليه فى ماله.

ثالثا: فى شركة الملك، فإذا احتاجت دار مشتركة إلى العمارة ولم تكن تقبل القسمة وأراد أحد الشركاء عمارتها لإحياء حصته فقام بذلك. فإن قام بذلك مضطرا كان ما أنفقه على حصة شريكه مضمونا عليه يرجع به فى ماله وإلا كان متبرعا.

ويتحقق الاضطرار الذى يسوغ له الرجوع على شريكه إذا أبى الإنفاق معه، ولم يكن للقاضى حق إجباره على العمارة. أما إذا لم يأب أو كان للقاضى حق إجباره ولم يرفع أمره إلى القاضى ولم يستأذنه فيها فأنفق عليه متبرعا، ولم يكن ما أنفقه مضمونا على شريكه يرجع به عليه فى ماله. وفى مجمع الضمانات[1] عن محمد فى طاحونة بين شريكين أنفق أحدهما على مرمتها بغير إذن شريكه لا يكون متبرعا؛ لأنه لا يتوصل إلى الانتفاع بنصيبه إلا بذلك.

وفى «الفتاوى الخانية»[2]: قال الناطفى ما معناه: أصل هذا النوع أن كل من يجبر على أن يفعل مع صاحبه فعلا إذا فعله الآخر بلا إذن منه، أو من القاضى يكون متطوعا، وإن كان لا يجبر ففعله صاحبه مضطرا لا يكون متبرعا.

وفى «جامع الفصولين» أن الاضطرار إنما يثبت فيما لا يجبر صاحبه عليه لا فيما يجبر، إذ يمكن حينئذ الرجوع إلى القاضى لإجباره أو لاستصدار إذنه.

وجاء فى «الدر المختار» أن كل من أجبر شرعا أن يفعل مع شريكه فعلا إذا فعله أحدهما بلا إذن فهو متطوع وإلا لم يكن متطوعا.

ولا يجبر القاضى الشريك على العمارة إلا فى ثلاث مسائل:

١ ـ أن يكون الشريك ضعيف الأهلية أو فاقدها وعليه وصى.

٢ ـ أن يكون العقار المشترك وقفا وعليه ناظر.

٣ ـ أن تتعذر قسمة المال المشترك ككرى نهر ومرمة قناة أو بئر أو طاحونة أو سفينة أو جدار لا يقبل القسمة. وهذه هى أحوال الإجبار[3].

---

(١) ص ٢٨٦.

(٢) ج ٣: ص ١١.

(٣) الدر المختار وابن عابدين ج ٣ ص ٣٨٨ طبعة الحلبى.

وجملة القول أن الشريك إذا لم يكن مضطرا إلى العمارة بأن كانت عمارة يراد منها زيادة الغلة مثلا عما كانت، أو كانت القسمة ممكنة فى العقار المشترك أو كانت العمارة مما يجبر عليها القاضى، وهى العمارة فى المسائل الثلاث المتقدمة فأنفق بلا إذن فهو متبرع ـ وأما إذا كان مضطرا إلى العمارة؛ إحياء لحقه ولم تمكن القسمة وكان الحكم أن شريكه يجبر على الاشتراك معه فيها، وهى العمارة فى المسائل الثلاث المتقدمة، فإنه لابد فى رجوعه عليه بحصته فى المنفعة من إذنه أو أمر القاضى إن لم يصل إلى إذنه، وعندئذ يرجع على شريكه؛ لأنه قام العمل باعتباره وكيلا عنه فيرجع بحصته مما أنفق، وإلا عد متبرعا.

وإن اضطر إلى العمارة فى غير المسائل التى يجبر فيها القاضى وأنفق بلا إذن أو أمر القاضى فالحكم كذلك فى رجوعه على شريكه بحصته مما أنفق وإلا رجع بقيمة ما أقام لا بما أنفق، ومقتضى هذا أن ذلك إنما يكون على أساس أن المنفق ليس وكيلا وأن ما يقيمه لنفسه ملكا له وللشريك وأن يمتلك مقدار حصته بالقيمة.

وعلى الجملة فإنه يلاحظ أنه إذا لم يكن له حق الرجوع وأنفق وقامت القرينة على عدم تبرعه فإن ما يحدثه يكون ملكا له، وإذ أراد شريكه بعد ذلك مشاركته شاركه على أساس قيمة ما أحدث لا على أساس ما أنفق.

ويلاحظ أن من مسائل الإجبار القيام بدفع الضرائب كالخراج ونحوه مما يجب أداؤه شرعا[1].

رابعا: **العلو والسفل**: لصاحب العلو حق مقرر على السفل هو حق قرار علوه عليه، ولصاحب السفل حق على العلو هو دفع المطر والشمس عن سفله، غير أنه إذا انهدم السفلى بدون فعل مالكه، وفات بذلك حق صاحب العلو لم يكن له إجبار ذى السفل على إقامة سفله إذ لا يجبر الإنسان على عمارة ملكه. كما لا وجه لإجباره لإحياء حق صاحب العلو؛ لأن فواته كان بلا تعد منه. ولكن إذا طالبه صاحب العلو بإقامة سفله فامتنع، أو كان غائبا فلم تمكن مطالبته فإن لصاحب العلو استحسانا أن يبنى السفل ليقيم عليه علوه، وفى هذه الحال يكون ما يبنيه ملكا لصاحب العلو متبرعا به له وهذا إذا لم يمنعه من استئذان صاحب السفل، أو القاضى عذر فإن منعه من ذلك عذر

---

(١) الدر المختار وابن عابدين ج ٣ ص ٣٨٧ ـ ٣٨٩ وجامع الفصولين ج ٢ ص ٥٩.

لم يكن فى بنائه السفل متبرعا لاضطراره إلى البناء ليصل إلى حقه، وحينئذ يكون ما ينفقه فى ذلك مضمونا على صاحب السفل يرجع به عليه (خانية وبزازية فى باب الحيطان).

أما إذا بنى بإذن صاحب السفل أو القاضى فإن ما ينفقه فى الإعادة يكون مضمونا على صاحب السفل بحكم النيابة عنه بإذنه أو بإذن من له الولاية العامة ـ وذهب بعض الحنفية إلى أن ما يقيمه من بناء فى حال عدم الإذن يكون ملكا له ـ ولصاحب السفل ـ إذا أراد ـ أن يتملكه باعتباره تابعا لأرضه «رد المحتار آخر كتاب الشركة».

خامسا: فى الرهن المستعار: يرى أبو حنيفة وصاحباه أن لمعير الرهن أن يفكه من المرتهن بأداء دين الراهن نيابة عنه فيجبر المرتهن على قبول الوفاء منه، وعند ذلك يكون ما يدفعه المعير فى سبيل ذلك مضمونا على المدين يرجع به عليه.

ومرد ذلك إلى أن المعير يعتبر ذا ولاية على الراهن فى ذلك للضرورة، إذ لا سبيل له إلى تخليص ملكه إلا بهذا الوفاء، ومن الفقهاء من أشار إلى أن سبب هذه الولاية الإذن الضمنى من الراهن؛ إذ إن عقد الراهن الرهن على ملك غيره يتضمن رضاه بأن لمالك الرهن أن يفتكه بدفع الدين الذى عليه.

ويرجع المعير بكل ما يدفعه إلى المرتهن فى افتكاكه، ولو كان أكثر من قيمة الرهن ولا يعد متبرعا بما زاد على قيمة الرهن؛ لأنه مضطر إلى قضاء كل الدين الذى رهن به؛ إذ لا فكاك إلا بقضائه كله فكان مأذونا فيه من قبل الراهن دلالة كأنه وكله بقضاء دينه فقضاه عنه.

وذكر الكرخى أنه إنما يرجع بقدر قيمة الرهن على ألا تزيد على الدين ـ أما ما زاد عليها منه فيعد متبرعا به؛ حتى لو كان المستعير قد رهن العارية بألفين بإذن مالكها وقيمتها ألف. . . فافتكها بألفين لم يرجع إلا بألف؛ لأن المضمون على المستعير قدر الدين بدليل أنه لا يضمن عند الهلاك إلا قدر ما سقط به من الدين، فإذا قضى المالك الزيادة على ذلك كان متبرعا فإن الرهن لو هلك عند المرتهن لم يسقط بهلاكه من الدين إلا قدر قيمته، ولا يضمن المستعير للمعير إلا هذا القدر فما يدفعه المعير زيادة على ذلك يعد متبرعا فيه[1].

---

(١) البدائع: ج ٦ ص ١٣٧، الخانية: ج٣ ص ٦٠٤ على هامش الهندية.

ومثل ذلك فى الحكم أحـد المشتريين إذا دفع ثمن مـا اشترياه على الشركـة حال غيبة شريكه ليخلص له حقه عند أبى حنيفة ومحمد خلافا لأبى يوسف(١).

سادسا: فى قضاء دين الغير بدون إذنه: يرى الحنفية أن قيام شخص بوفاء دين عن غيره أو بأداء واجب عليه ولا ولايـة له فى ذلك يعد من قبيل التبرع فلا يـكون ما ينفقه من مال فى سبـيل ذلك مضمونا فى ذمـة من عليه هذا الواجب، ومن ثم ليس للمنفق حق الرجوع عليه بذلك، وإلى هذا ذهب الشافعى.

ومبنى ذلك قاعدة لا إلزام بدون التزام، وعلى ذلك ليس لمن قام بهذا الوفاء إلزام من أدى عنه بما أداه لعدم التـزامه له بما أداه عنه لدائنه وإن كان ملتـزما لدائنه بذلك، إذ الالتزام للدائن ليس التزاما لغيره ممن يقوم بالوفاء.

وخالف فى ذلك مـالك وأحمد فذهبـا إلى أن من أدى واجبا عن غيـره استحق الرجوع عليـه بما أداه من ذلك الواجب لضمانه إياه، وإلى هذا ذهب التشـريع المصرى، فقـد جاء فى المادة ٣٢٤: «إذا قـام الغير بوفـاء الدين كان له حق الرجـوع على المدين بمقدار ما دفعـه ـ ومع ذلك يجوز للمدين الذى حصل الوفاء بغـير إرادته أن يمنع رجوع الموفى بما وفاه عنه كلا أو بعضا إذا أثبت له أية مصلحة فى الاعتراض على الوفاء»، وقد ذهب التشريع العراقى إلى رأى الحنفية والشافعية إذ جاء فى المادة ٢٣٩:

«إذا قضى أحد دين غيره بلا أمـره سقط الدين عن المدين سواء قبل أم لم يقبل. ويعتبر الـدافع متبرعا لا رجوع له على المدين بشىء مما دفـعه بلا أمره، إلا إذا تبين من الظروف أن للدافع مصلحة فى دفع الدين، أو أنه لم يكن عنده نية التبرع».

وجملة القول أن مالكا يشترط فى رجوع الأجنبى بما أداه عن غيره:

أولا ـ أن يكون ثابتا مستحق المطالبة به فإذا كان غير ثابت ولو كان بسبيل الثبوت كنفقة الوالدين قبل أن يقـضى بها، أو كان ثابتا غير مستـحق المطالبة كالدين على ميت مفلس لم يكن لموفيه حق الرجوع بما أداه.

ثانيا ـ ألا يقصد الموفى بإيفائه إعناته بل معونته.

ثالثا ـ ألا يكون فى أدائه متبرعا.

---

(١) الجامع الصغير: ص ٨٧، فتح القدير: ج ٥ ص ٣٦٤.

ويرجع الموفى بما أدى إن كان أداؤه نقدا، وبما يـقابل الدين الواجب من عرض أو مقاصة ويكون رجوعه بالأقل مما أداه ومن الدين الواجب، ومما تفرع على ذلك ما يأتى:

١ ـ من المدونة جـ ١١ صفحة ١٤٢:

قلت أرأيت إن أكرانى إبله وتركها فى يدى فـأنفقت عليها أيكون لى على المكرى النفقة التى أنفقتها عليها: قال مالك: نعم يكون عليه ما أنفق عليها.

٢ ـ من الذخيرة للقرافى ج ٤ صفحة ١٢٩ فى الإجارة:

ابن شاس: كل عمل يوصل للغـير نفع مال أو غيره بأمره أو بغيـر أمره فعليه رد مثله فى القيام بالمال، وعليه دفع أجرة المثل فى القيام بالعمل إن كان لابد من الاستئجار عليـه، أو لابد من إنفـاق ذلك المال، وذلك بنـاء على حـصول الإذن عـادة خـلافـا للشافعي، ونحن نعتمد على العوائد، فإن لسان الحال يقوم مقام لسان المقال.

وجاء فى صـفحة ١٠٣ من باب الصلح ـ قاعـدة مذهبية: إذا فـعل الإنسان عن غيـره ما شأنـه أن يفعله مضى فـعله عليه تنزيلا للإذن الشـرعى فى الواجب، أو الإذن العادى فى غير الواجب منزلة الإذن القولى، فإن العوائد تقوم مقام الأقوال.

وإذا كان الواجـب الموفى نفقة لـصغار ليس لـهم ولى، أو غاب وليهـم وخيف عليهم الضياع بتركها فأنفق عليهم أجنبى بنية الرجوع بما ينفقه كان له حق الرجوع به إذا لم يقصد بإنفاقه التبـرع إذا كان للمنفـق عليه مال وقت النفقة، أو كان له من تجب عليه النفقة من أقربائه وكان ما أنفقه على وجه السداد لأسرف فيه، وإلا كان فى إنفاقه متبرعا لا رجوع به على أحد، نص على ذلك فى المدونة جـ ١١ صفحة ٣٨، ٣٩.

ذلك ما ذهب إليـه مالك، أما ما روى فى ذلك عن أحـمد فروايتان: إحـداهما تتفق مع مـا ذهب إليه الحنفيـة والشافعيـة، ومقتـضاها أن من أدى واجبا عن غـيره لا يستحق الرجوع عليه لاعتباره متبرعا بذلك، والثانية: وهى التى اشتهرت فى المذهب أن له حق الرجوع وذلك بشروط:

أولا: أن يكون الواجب الموفى حقا لآدمي، فما كان حـقا لله كزكاة وكفارة فليس لمؤديه عن الغير حق الرجوع فيـه؛ ذلك لأن حق الله يقوم على النية من المكلف، والنية لا تصح فيها النيابة فى العبادة، لأنها تقوم على الامتثال والرضا.

ثانيا: أن يوفى بقصد الرجوع، ولا يكفى عدم القصد فإذا ذهل عن نية الرجوع لم يكن له أن يرجع، وسواء فى المؤدى أن يكون قريبا أم أجنبيا، له مصلحة فى ذلك أم ليس له مصلحة، وسواء فى المؤدى عنه أن يكون عاجزا عن الوفاء، أو ممتنعا عنه قادرا عليه، وسواء أمكن استئذانه، أم لم يمكن، وخالف القاضى أبو ليلى فى ذلك فاشترط أن يتعذر استئذانه لغيبة أو نحوها.

ويرجع بالأقل مما أدى وقدر الواجب، وإذا كان الواجب مؤجلا لم يستحق الرجوع به حالا.

وأساس ذلك كما ذهب إليه ابن قيم الجوزية الولاية الشرعية، أو الإذن الشرعى، فالمؤمنون بعضهم أولياء بعض، ومن يؤدى واجبا عن غيره يكون نائبا عنه فى ذلك الأداء بحكم الشارع، ونصوص المذهب فى ذلك عديدة[1].

أما ما ذكروه من أن من أدى دينا عن غيره يعتبر متبرعا فقد دل على فساده القرآن والسنة وآثار الصحابة والقياس الصحيح ومصالح العباد، قال تعالى: ﴿ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ ... ﴿٦﴾ ﴾ [الطلاق]. فأمر بإيتاء الأجور أمرا مطلقا، وقال تعالى: ﴿ هَلْ جَزَاءُ الإِحْسَانِ إِلاَّ الإِحْسَانُ ﴿٦٠﴾ ﴾ [الرحمن]. وليس من جزاء هذا المحسن بتخليص من أحسن إليه بأداء دينه أن يضيع عليه معروفه فيكون جزاؤه إضاعة ماله، ومكافأته عليه بالإساءة. وقد عقد الله سبحانه وتعالى الموالاة بين المؤمنين وجعل بعضهم أولياء بعض، فمن أدى عن وليه واجبا كان نائبه فيه بمنزلة وكيله.

ثالثا: إنقاذ مال الغير من الهلاك والغصب. يرى الحنفية أن من قام بإنقاذ مال لغيره أشرف على التلف أو على الضياع فأنفق فى سبيل ذلك مالا، أو قام بعمل وجهد ففى ما يقوم به من عمل وجهد إن كان مثله يقوم به عادة من غير أجر فليس له عوض ولا أجر عن عمله ولا حق له فى الرجوع على مالك المال بشىء فى ذلك؛ لدلالة الحال على تبرعه بذلك، وعدم التزام صاحب المال بشىء له، وإن كان مثله لا يقوم بمثل هذا العمل إلا بأجر عادة فإن كان له ولاية ذلك العمل كناظر الوقف يعمل للوقف أو الوصى أو القيم يعمل لموليه استحق عليه الأجر فى مال من عمل له من وقف أو مولى

---

(١) الإنصاف: ج ٥ ص ٢٠٤، ٢٠٥ والمغنى لابن قدامة: ج ٥ ص ٨٩ وإعلام الموقعين لابن القيم: ج ٢ ص ٣٢٥، ٣٢٨.

عليه، وعلى ذلك الفتوى والعمل، وإن لم يكن له ولاية ذلك كمن رأى متاعا مشرفا على التلف بسبب نار أو ماء أو معرضا لسلبه ونهبه وظن ضياعه بسبب ذلك فأنقذه وبذل فى ذلك جهدا يؤجر على مثله أو مالا، فقد اختلف فى ذلك، فمن فقهاء الحنفية من يرى أنه يعد متبرعا فيما أنفقه من جهد ومال فى سبيل ذلك؛ لعدم إذنه ممن له الولاية فى الإذن من مالك أو قاض، ومنهم من يرى أنه يعد فى ذلك مأذونا من قبل صاحب المال عرفا؛ إذ لا يأبى إنسان على آخر أن يقوم له بإنقاذ ماله على الوجه المعروف الذى ليس فيه شطط ولا إرهاق لصاحب المال، واستحسن المتأخرون هذا الرأى، وعلى هذا يكون ما ينفقه من مال فى هذه السبيل، أو مثل أجر جهده مضمونا فى ذمة صاحب المال يرجع به عليه. فإذا كان ما أنفق فى هذه السبيل مالا دفعه المنقذ كان مضمونا فى ذمة صاحب المال المنقذ على رأى متأخرى الحنفية، ورجع به المنقذ على صاحب المال متى قام بذلك على الوجه المعروف غير المنكر مع ملاحظة أن يكون ذلك فى غيبة صاحب المال وإلا كان إنقاذه على صاحبه، وكان قيام غيره به عندئذ تبرعا.

وقد جاء فى العقود الدرية جـ ١ ص ٩٩: من أخرج متاعا لغيره من الغرق فأنفق فى ذلك مالا لم يملكه بإخراجه، لأنه لا يزال على ملك صاحبه، ولا يرجع بشىء مما أنفق إلا أن يأذن له القاضى بذلك، أو صاحب المتاع.

وذهب الشافعية إلى أن من أنقذ مال غيره من الهلاك أو الفوات المحدق به فأنفق فى سبيل ذلك مالا، أو جهدا لم يكن له أن يرجع على صاحب المال بشىء. ولو استنقذه من يد لص أو غاصب أو من الغرق أو نحوه، ويستوى فى ذلك أن يعمل ذلك لمصلحة صاحب المال أو مصلحة نفسه، وذلك رأى الأقدمين منهم، ويميل المتأخرون إلى استحسان الرجوع بما يبذله المنقذ من مال إذا لم يتمكن من استئذان صاحبه أو القاضى، وذلك إذا أشهد أنه يريد الرجوع بما ينفق وإلا لم يكن له أن يرجع ـ وقد اختلفوا فيما إذا أخذه من يد صبى أو مجنون، خوفا من هلاكه فى أيديهم فقيل: ليس له ذلك، فيضمنه إذا أخذه فهلك فى يده. وقيل: له ذلك، ولكن تكون يده عليه يد ضمان، مراعاة لمصلحة الصبى أو المجنون.

وفى الحاوى: «إذا ترك شخص دابة فى الصحراء لعجزها عن السير ولم يستطع مالكها أخذها معه، فمر بها آخر، فقام عليها حتى ذهب ما بها وعادت إلى حالها فى السير والعمل، فمذهب الشافعى أنها على ملك صاحبها ولا رجوع له عليه فيما أنفق

في هذه السبيل، كما لو عالج دابة أشرفت على الهلاك حتى برئت أو أخرج متاعا غارقا في البحر»[(١)].

وإذا أعيا بعير شخص فتركه لإعيائه فقام شخص عليه حتى ذهب عنه المرض أو الإعياء لم يرجع بشيء على مالكه إلا إذا كان قد استأذن الحاكم أو أشهد أنه أنفق، ليرجع عند قيامه بالإنفاق[(٢)].

ويرى الحنابلة أن من يقوم بإنقاذ مال غيره من التلف أو بتخليصه من غاصبه أو سارقه يكون ما ينفقه في سبيل ذلك مضمونا على مالك المال يرجع به عليه من أنفقه، لأنه يعد مأذونا بذلك من المالك عرفا، فإذا رأى شخص بيت غيره يحترق فله هدم بعضه إذا كان في ذلك إنقاذ باقيه، أو رأى دابة مشرفة على الهلاك كان له أن ينحرها إذا غلب على ظنه هلاكها قبل حضور صاحبها، وله كذلك أن يستأجر غيره لإنقاذه ويرجع بالأجرة على رب المال، وأن يقوم بذلك وله على رب المال أجر مثل عمله إذا كان يقوم بذلك غير متبرع.

وقد جاء في مختصر الفتاوى[(٣)]:

«إذا غرق مركب في البحر وكان فيه زيت فطفا على سطح الماء فجمعه شخص فهو لصاحبه وله على صاحبه أجرة جمعه على أصح القولين، وقال الحسن البصري: هو لمن جمعه وأخذه».

وفي كشاف القناع [(٤)]:

ومن عمل لغيره عملا بغير جعل فلا شيء له إلا في تخليص متاع من بحر أو فم سبع فله عند ذلك أجرة مثله وإن لم يأذنه ربه، وإذا انكسرت السفينة فقام بإنقاذ ما فيها من المال قوم وجبت لهم الأجرة على أصحاب المال، وفي المغني[(٥)]: لمنقذ المتاع أجر مثله، نص عليه أحمد.

---

(١) ابن حجر: ج ٣ ص ٣٧٣.
(٢) التحفة: ج ٦ ص ٣٣٨.
(٣) ج ٤ ص ٤١٦.
(٤) ج ٤ ص ١٧٥.
(٥) ج ٦ ص ٣٧٢.

وعند المالكية أن إنقاذ مال من يد حربى يستوجب لمن أنقذه أجر مثله على صاحبه وأن من أنقذه من يد لص أو غاصب لا يكون له حق الرجوع عند المتقدمين، واستحسن المتأخرون أن له حق الرجوع. والفرق أن الحربى يعد مالكا لما يستولى عليه من مال فكان أخذه منه بعوض فى حكم شرائه منه، فلا يؤخذ منه إلا بما دفعه فيه، بخلاف الغاصب والسارق فإن الأخذ منه يعد فى حكم واجب على من أخذه وقدر عليه فلا يرجع بما أنفقه فى واجب عليه، ولا يرى المتأخرون هذه التفرقة، لكثرة النهب فى البلاد وضعف السلطان عن تعقب الناهبين فكان من المصلحة القول بما فيه حمل الناس على تخليص الأموال لأربابها. واشترطوا لذلك ألا يمكن إنقاذه إلا بما دفع فيه من مال لا بأقل منه وأن يكون ذلك قد تم لمصلحة صاحب المال، لا لمصلحة نفسه وألا يقصد به تبرعا.

ويكون ما دفع فداء حقا فى المال المفدى يقدم به صاحبه على غرماء مالكه فيه، وإذا هلك هذا المال قبل وصوله إلى مالكه لم يكن لمن فداه رجوع عليه فيسقط عنه وإن كان مليئا، ويده على المال قبل إعطائه الفداء أمانة

وفى زروق[1]:

من أخذ من الحربى مالا بفداء لم يؤخذ منه إلا بما دفع فيه، أما إن أخذ من لص أو غاصب ففى رجوع الفادى بما دفع فيه قولان: حكاهما ابن بشير.

وفى الشرح الكبير للدردير[2]: الأرجح فى المال المفدى من لص ونحوه كغاصب ومحارب وظالم من كل مال أخذ من صاحبه بغير حق ولم يمكن الوصول إليه إلا بالفداء الذى دفع فيه، وكان ذلك عادة فى مثل هذا المال أن يكون لمن قام به حق الرجوع على صاحب المال ومقابله أنه لا رجوع له.

وفى التسولى[3]. إذا أدى شخص خراجا على ربع؛ لئلا يأخذه السلطان وربه غائب كان له حق الرجوع به على صاحبه ويقدم فيه على غرمائه إذ لولا أداؤه لأخذه السلطان، وذلك كمن فدى متاعا من أيدى اللصوص، وفيه أيضا إذا تلف الشىء المفدى بعد الفداء وقبل وصوله إلى صاحبه، فإنها مصيبة نزلت بالفادى ولا شىء له على ربه من مبلغ الفداء ولا من النفقة وأجرة العمل، بخلاف ما إذا أوصله إلى ربه، فإن له الرجوع عليه بكل ذلك.

والنتيجة أن وجوب الرجوع على رب المال أثر لضمانه ما يرجع به عليه.

---

(١) ج ٣ ص ١٢.

(٢) ج ٢ ص ١٩٨

(٣) ج ١ ص ١٧٢، ج ٢ ص ٣٧٤.

السبب الثالث: الفعل الضار

ويراد به كل فعل حسى ترتب عليه ضرر سواء أكان قد ترتب عليه بطريق المباشرة، أو ترتب عليه بطريق التسبب، ويكون بطريق المباشرة إذا لم يفصل بينه وبين حدوث الضرر فعل آخر كأن يعمد إنسان إلى إناء لغيره فيكسره، ويكون بطريق التسبب إذا فصل بينه وبين الضرر فعل آخر أدى إليه دون أن يمنع نسبة الضرر إليه كما إذا حفر إنسان حفرة فى طريق عام سار فيه حيوان فتردى فى تلك الحفرة فتلف. فإن تردى الحيوان فعل له توسط بين الحفر والضرر، . وهو تلف الحيوان ولا يمنع نسبة الضرر إلى الحفر؛ إذا لم يزل الحفر مع ذلك فيما يرى الناس هو الفعل الضار الذى ترتب عليه تلف الحيوان، فأى فعل هذا وضعه يترتب عليه شرعا تضمين فاعله ويكون هو السبب فى التضمين.

أما إذا لم يكن الفعل حسيا بأن كان فعلا نفسيا كالكف يتسبب عنه تلف مال لآخر فلا ضمان بسببه، فإذا رأى إنسان مالا لآخر معرضا للتلف بنار مثلا وكان فى قدرته إنقاذه ولم يفعل فتلف فلا ضمان عليه لعدم المباشر؛ ذلك لأن المباشرة إنما تتحقق إذا كان هناك اتصال بين الفعل الضار ومحل الضرر كما فى اتصال آلة الإتلاف بالمال المتلف. وذلك إنما يتصور فى الفعل الحسى. بل ولا ضمان عليه أيضا، لعدم التسبب، لأن التسبب إنما يتحقق إذا كان التلف نتيجة فعل أدى إليه فعل سابق عليه هيأ له وجوده وترتب الضرر عليه مع بقاء نسبته إليه. والكف هنا لم يؤد إلى فعل كان من نتيجته التلف، وإنما كان التلف نتيجة أمر لا صلة له بالكف، وهو وجود النار واقترابها منه. على أنه إذا عد هذا من قبيل التسبب ـ على توسع فى معناه، وإن حدوث الضرر كان نتيجة لاقتراب النار وللامتناع عن الإنقاذ جميعا، وإن الامتناع عن الإنقاذ يعد لذلك سببا فى الضرر ـ فإن الشرط فى اقتضائه الضمان كما سيأتى بيانه أن يكون اعتداء ولا اعتداء فى الامتناع، إذ لا يؤاخذ الإنسان على ما استكن فى باطنه من كف وإرادة.

وذهب المالكية وأهل الظاهر إلى تضمينه فى هذه الحال بناء على أنه قد ترك واجبا عليه هو المحافظة على مال أخيه المسلم مع قدرته على ذلك. ومن ترك واجبا فترتب على تركه ضرر مباشر ضمن، كمن مر على لقطة فتركها ولم يلتقطها وهو عالم أنها معرضة للتلف، ثم تلفت فإنه يضمنها؛ إذ قد تسبب عن تركه هذا الواجب تلفها، وهى مال فيضمن قيمتها. كما فى «الخلاصة، والمحيط، والاختيار»، وقيل: لا ضمان على الملتقط فى هذه الحال؛ لأن الترك فى هذه الحال ليس تضييعا بل امتناعا عن حفظ غير

واجب. وعليه فمرد الخلاف في ذلك إلى الخلاف في وجوب الحفظ، وقد جزم في «البحر» بأن القول بوجوبه شاذ، ولكن لو أخذها ثم تركها فتلفت ضمن؛ لأن التلف تسبب عن فعل حسى هو تركها. وقيل: لا يضمن أيضا في هذه الحال؛ لأن التلف ليس بفعله بل بفعل آخذها بعد ذلك، ومن ذلك ما لو رأى إنسان مالا قد سقط من شخص في الطريق فتركه ولم يخبر به صاحبه، فقد قيل: إنه يضمن إذا ضاع على صاحبه، وفي البحر: إذا رأى حماره يأكل مال غيره فتركه ولم يمنعه ضمن؛ لأن فعل حماره ينسب إليه عادة. وهذا إذا كان مالك المال المعرض للتلف غير حاضر، أما عند حضوره فلا وجوب على من شاهد ذلك، لأن حفظ المال حينئذ على مالكه.

وإنما يكون الفعل الحسى سببا لضمان الضرر المترتب عليه إذا كان متصلا بمحل الضرر وكان صادرا ممن له ذمة، فإذا لم يكن متصلا به فلا ضمان، وعلى ذلك لا يضمن من حبس عن الدواب مالكها فأدى ذلك الحبس إلى هلاكها أو ضياعها؛ لعدم وجود من يطعمها أو من يرعاها ويحفظها؛ لأن الحبس وإن كان فعلا حسيا إلا أنه لا يتصل بالدواب، وإنما هو فعل في مالكها، وهذا ما ذهب إليه جمهور الفقهاء، ومنهم الحنفية كما في البحر.

ومن فقهاء الحنابلة من فرق بين حبس بحق فلم يرتب عليه ضمانا، وحبس بغير حق فرتب عليه الضمان، وكأن هذا الفريق لم يشترط هذا الشرط، وهو أن يكون الفعل متصلا بمحل الضرر.

ومن الفقهاء من ذهب إلى أن من أزال يد إنسان عن عبد أو حيوان أو طير فتسبب عن ذلك ضياعه ضمن إذا كان مما يذهب عادة بزوال اليد، وكذلك إزالة أيدى الحفظة على المال حتى أخذه الناس، أو أتلفه الدواب وقرار الضمان على الآخذ دون المسبب، ومن هؤلاء فريق من الحنابلة.

ومن حبس شاة عن ولدها فأدى ذلك إلى تلفه لفقده لبن أمه وليس له قوت سواه فعليه ضمانه عند الشافعية والحنابلة؛ بسبب منع الطعام عنه، وهو فعل يتصل به كمن يحبس شاة مدة منع الطعام عنها فيها حتى نفقت فإنه يضمن قيمتها - وكمن حبس إنسانا يباشر عملا فمنعه عن عمله حتى ترتب على ذلك فساد المال محل العمل فإنه يضمن المال، ذهب إلى ذلك الحنابلة[1].

---

(١) راجع مطالب أولى النهى ج ٤ ص ٧٣ ونهاية المحتاج ج ٥ ص ١٥٢.

والفعل الضار بوصفه هذا ليس بالفعل المشروع؛ لأنَّ الله سبحانه وتعالى إنما شرع لعباده ما فيه نفعهم وصلاحهم وهدايتهم إلى فلاحهم وسعادتهم كما يدل على ذلك قوله تعالى فى وصف رسول الله ﷺ وما جاءهم به من شرع ورحمة: ﴿وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلاَّ رَحْمَةً لِّلْعَالَمِينَ ﴿١٠٧﴾﴾ [الأنبياء] وقوله: ﴿وَرَحْمَتِي وَسِعَتْ كُلَّ شَيْءٍ فَسَأَكْتُبُهَا لِلَّذِينَ يَتَّقُونَ وَيُؤْتُونَ الزَّكَاةَ وَالَّذِينَ هُم بِآيَاتِنَا يُؤْمِنُونَ ﴿١٥٦﴾ الَّذِينَ يَتَّبِعُونَ الرَّسُولَ النَّبِيَّ الأُمِّيَّ الَّذِي يَجِدُونَهُ مَكْتُوبًا عِندَهُمْ فِي التَّوْرَاةِ وَالإِنجِيلِ يَأْمُرُهُم بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَاهُمْ عَنِ الْمُنكَرِ وَيُحِلُّ لَهُمُ الطَّيِّبَاتِ وَيُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ الْخَبَائِثَ وَيَضَعُ عَنْهُمْ إِصْرَهُمْ وَالأَغْلالَ الَّتِي كَانَتْ عَلَيْهِمْ ... ﴿١٥٧﴾﴾ [الأعراف]. وكما يدل عليه قوله ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار». وعلى هذا لا يكون الضرر مشروعا، ولا ما يسببه من الأفعال مشروعا، ولا الفعل الضار مشروعا؛ ومن ثم لا يكون حقا لفاعله يأتيه دون معارضة وممانعة، وإنما يأتيه اعتداء حين يفعله إذا كان مكلفا؛ لأنه أمر محظور منهى عنه وفعل المحظور إذ أتاه المكلف عد اعتداء، ولهذا كان جواز الفعل شرعا وثبوته حقا لفاعله يمنع من تضمينه بسببه مادام لم يسيء فى استعماله، وسيأتى لذلك زيادة بيان.

ومن هذا يتبين أن غاية الشريعة الإسلامية وهدفها المصلحة العامة، فكل أمر فيه مصلحة عامة مطلوب لها، وكل أمر تزيد منافعه على مضاره مطلوب لها، وكل أمر تقل منافعه عن مضاره ممنوع فيها؛ ولذا قال ابن القيم: إذا تأملت شرائع الله وجدتها لا تخرج عن تحصيل المصالح الخالصة أو الراجحة، وإن تزاحمت قدم أهمها وأجلها وإن فات أدناها، كما لا تخرج عن درء المفاسد الخالصة والراجحة بقدر الإمكان وإن تزاحمت عطل أعظمها فسادا بتحمل أدناها، وعلى هذا وضع أحكم الحاكمين شرائع دينه ورتب حقوق عباده.

ذلك هو وضع الفعل الضار باعتباره سببا للتضمين فى الشريعة، فهو فعل محظور جعله الشارع سببا لضمان ما ترتب عليه من تلف، ولا يخرجه عن هذه السببية ألا يوصف فاعله بالاعتداء والمخالفة بسبب عارض خارج عنه كفقد أهلية التكليف؛ لأن سببيته ترتبط بذاته وبآثاره لا بقصد فاعله وإدراكه؛ ولذا يترتب عليه أثره إذا صدر من نائم، أو مجنون أو طفل؛ لأن الأمر فى اقتضائه التضمين مبنى على المعاوضة، وجبر الفاقد حتى لا يظلم أحد فى ماله؛ ولهذا قال الفقهاء: إن العمد والخطأ فى الأموال سواء، ويريدون بالخطأ هنا وقوع الشيء على خلاف الإرادة، وهو ما يدل عليه هذا

اللفظ فى قوله ﷺ: «رفع عن أمتى الخطأ والنسيان»، أى إثمهما، وذلك خلاف ما يدل عليه الخطأ فى تعبير رجال القانون حين جعلوا الخطأ ركنا من أركان المسئولية التقصيرية، وحين عبر به فى المادة ١٦٣ من القانون المدنى، إذ جاء فيها كل خطأ يسبب ضررا للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض؛ إذ يراد به التعدى الذى يقع من الشخص فى تصرفه بمجاوزة الحدود التى يجب عليه التزامها فى سلوكه شرعا وقانونا، وهو انحراف فى السلوك يتحقق بالإضرار بالغير عن عمد أو عن إهمال وتقصير إلى درجة أدت إلى ضرر الغير. وعلى هذا كان الخطأ فى تعبيرهم بمعنى الذنب والإثم ومنه قوله تعالى: ﴿قَالُوا يَا أَبَانَا اسْتَغْفِرْ لَنَا ذُنُوبَنَا إِنَّا كُنَّا خَاطِئِينَ ﴿٩٧﴾﴾ [يوسف] وكان الخطأ فى استعمالهم إياه دالا على ما يدل عليه لفظ اعتداء فى تعبير الشرعيين وكان وجوب الضمان منوطا عندهم بالخطأ بمعنى الاعتداء والمخالفة، فلا ضمان عندهم على فاقد الأهلية، وذلك خلاف ما ذهب إليه الفقهاء من إناطة التضمين بالضرر المترتب على فعل محظور فى ذاته وإن صدر من عديم الأهلية. كالنائم حال نومه والمجنون والطفل الذى لا يميز.

وخلاصة القول فى ذلك أن الفعل إذا كان مؤديا إلى الضرر فى ذاته استوجب ضمان ما ترتب عليه من تلف؛ لأنه حينئذ يكون فعلا محظورا بالنظر إلى نتائجه فتقع تبعته على فاعله؛ فإن كان فاعله عديم الأهلية لم يؤثر ذلك فى أنه فعل ترتب عليه ضرر بالغير أوجب الشارع رفعه لحديث «لا ضرر ولا ضرار» وذلك يوجب رفع الضرر مطلقا سواء أحدث من مكلف أو من غير مكلف ولا سبيل إلى رفعه فى هذه الحال إلا بإيجاب فى ماله دون التفات إلى عارض، إنما عرض لنفس الفاعل ذهبت معه أهليته، ولم يذهب بما ترتب على فعله من ضرر، ولكن إذا ما صدر الفعل الضار ممن لا ذمة له لم يترتب عليه ضمان حينئذ؛ لأنه ليس أهلا لأن يملك مالا حتى يجب فيه ما يرتفع به الضرر وهو الضمان.

وعلى ذلك كان فعل العجماء جبارا؛ أى هدرا، وبذلك جاء الحديث «فعل العجماء جبار» أى لا ضمان على مالكها فيما يتلف بفعلها إذا لم يكن منه إهمال وتقصير فى رعايتها وحفظها.

وسيأتى بيان ذلك وتفصيل القول فيه.

* * *

الضرر

المراد بالضرر كل أذى يصيب الإنسان فيسبب له خسارة مالية فى أمواله سواء كانت ناتجة عن نقصها، أو عن نقص منافعها أو عن زوال بعض أوصافها ونحو ذلك عن كل ما يترتب عليه نقص فى قيمتها عما كانت عليه قبل حدوث ذلك الضرر.

وذلك الضرر هو أحد نوعى الضرر المادى، وينعت بالضرر المالى.

أما الضرر المادى الآخر فهو ما يصيب الإنسان فى جسم من جراح يترتب عليها تشويه فيه أو عجز عن العمل أو ضعف فى كسبه ونحو ذلك. وقد بينا أن هذا النوع الأخير من الضر يستوجب الأرش، وهو إما مقدر من الشارع وإما متروك لحكومة العدل - كما بينا فيما سبق أن هذا النوع لا يستوجب تعويضا وإنما وجب فيه الأرش بحكم الشارع كعقوبة زاجرة لا تختلف باختلاف المعتدى عليه. وذلك من ناحية أنه اعتداء على سلامة الإنسان، وهى حق له لا يختلف باختلاف الأشخاص؛ ومن ثم لا ينظر فيه إلى ما قد يكون له من آثار مالية تتعلق بالعمل والكسب والسعى؛ لأنها آثار متوقعة غير موجودة بالفعل وقواعد الشريعة تأبى التعويض إلا عن الضرر الماثل الواقع فعلا الذى يمكن تقويمه بالمال، أما المتوقع فلا تعويض فيه؛ لأنه معدوم وقت حدوث الأذى بالجسم، ولا قيمة للمعدوم، فلا يصح مقابلته بالمال.

ونتيجة ذلك أن التعويض فى الفقه الإسلامى لا يكون إلا عن ضرر مالى واقع فعلا؛ لأنه السبب في التعويض والمسبب لا يتقدم سببه وإلا لم يكن سببا له، ولكن إذا وقع الضرر فعلا وجب التعويض، لأن السبب يفضى إلى مسببه دائما، ولهذا إذا لم يترتب على الفعل ضرر لم يجب به ضمان، وقد جاء فى مجمع الضمانات: إذا ذبح رجل شاة لآخر لا ترجى حياتها لم يضمن قيمتها سواء أكان أجنبيا أم راعيا لها استحسانا، إذ إنه بعمله أفاد مالكها ولم يضره، فإنه بعمله هذا لم يفوّت عليه لحمها على حين يفوت عليه لو أنه تركها فتلفت بدون ذبح، ولكن إذا كان مكان الشاة فرس مثلا فإنه يضمن قيمتها وقت ذبحها؛ لإتلافه مالا وقت الاعتداء، وهو ضرر كان من المحتمل ألا يكون[1]. وذلك ببرئها. وكذلك إذا كسر شخص جوزا لآخر فتبين فساده بظهور ما بداخله لم يضمن لعدم الضرر، وإذا ذبح شخص لآخر شاة عينها للتضحية وكان ذلك وقت التضحية لم يضمن، لعدم الضرر، وفى مجمع الضمانات: إذ شهد شاهدان ببيع شىء بمثل قيمته، أو بأكثر ثم رجعا لم يضمنا وإن كان بأقل من قيمته

(١) مجمع الضمانات ص ٣٠٨، ٣٦٠ فى ١٤٧ والقواعد لابن رجب ص ٢٢٢.

ضمنا النقصان؛ وذلك لعدم ضرر البائع فى الحال الأولى لعدم حصول نقص فى ماله وضرره فى الحالة الثانية.

ولذا ذهب الحنابلة إلى أن من بنى مسجدا فى طريق عام واسع ولم يترتب على بنائه ضرر بالمارة فلا ضمان عليه ولو كان بناؤه بغير إذن الإمام، وكذلك لو بنى جسرا على نهر، أو فعل ما فيه نفع عام كما لو فرش بساطا فى مسجد فتلف به متاع بسبب عثار صاحبه به، أو علق به قنديلا، فسقط فأتلف متاعا ولم يكن من خدمة المسجد. وذهب الشافعية إلى أن من غصب عصيرا فغلاه فنقصت كميته ولم تنقص قيمته لا ضمان عليه، لأن نقصه بتبخر بعض مائه والماء لا قيمة له وهكذا يرى فى نهاية المحتاج[1] ما يدل على ذلك، وفى الخرشى[2]: إذا غير المغصوب فلم يترتب على تغييره نقص قيمته بأن ظلت كما هى أو زادت فلا تبعة على الغاصب بخلاف ما إذا ترتب عليه نقص قيمته إذ يضمن قيمة ما نقص.

وعلى الغاصب العقوبة، لإقدامه على محظور، وهكذا يرى من الفروع ما يؤيد إناطة التعويض بالضرر، فإذا انتفى الضرر لم يجب تعويض.

ولا يكون الضرر المالى الموجب للتعويض إلا فى مال متقوم، أى مملوك للمضرور[3]، ومن أجل ذلك ذهب الحنفية إلى أن إتلاف خمر أو ذبح خنزير لمسلم لا

---

(١) ج ٥ ص ١٧٧.

(٢) ج ٦ ص ١٦٦.

(٣) يعرف الحنفية المال بأنه ما يميل إليه طبع الإنسان ويمكن ادخاره إلى وقت الحاجة، ويرى الشافعية أن اسم المال لا يطلق إلا على ما له قيمة يباع بها ويلزم بها متلفه وإن قلت، ويرى المالكية أنه ما يملك فيستبد به المالك عن غيره إذا أخذه من وجهه (راجع فتح القدير من كتاب البيع، والأشباه والنظائر للسيوطى، والموافقات للشاطبى ج ٢، ص ٥، ٨ وما بعدهما).

وعلى ذلك لا تكون المنافع مالا عند الحنفية إذ ليست مادة يمكن ادخارها وتمولها؛ لأنها أعراض ليس لها بقاء، ومالية الشيء إنما تثبت بالتمول كما يقول السرخسى، والتمول هو اتخاذ الشيء مالا وصيانته بادخاره لوقت الحاجة، والمنافع لا تبقى وقتين، إذ إنها حين توجد تتلاشي وتعدم فلا يتصور فيها الادخار والتمول (المبسوط ج ١١ ص ٧٩).

وقد انبنى على ذلك عدم ضمان المنافع بالإتلاف عند الحنفية؛ لأنها ليست ذات قيمة فى نفسها وإنما ورد تقويمها فى الشرع بعقد الإجارة للحاجة (تبين الحقائق للزيلعى ج ٥ ص ٢٣٤).

وذهب الشافعية والحنابلة والمالكية إلى أنها أموال متقومة فى ذاتها لتقومها فى معاملات الناس واختصاص حائز مصادرها بها، ولا يطلب ملك الأموال إلا لتملكها والانتفاع بها وعلى أساسها تقدر قيم الأعيان، وقد سوغ الشارع ابتغاء الأزواج بها ولا تبتغى إلا بالمال لقوله تعالى: ﴿ أَن تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُم مُّحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَافِحِينَ... ﴿٢٤﴾ ﴾ [النساء] ومعاملات الناس ومصالحهم تقتضى تقويمها (وانظر فى ذلك قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام ج ١ ص ١٧١ وما بعدها والمغنى ص ٤٨٣ والمبسوط ج ١١ ص ٧٨) =

يستوجب تعويضا، لأنهما ليسا بمال متقوم عندهم بالنسبة إليه، سواء أأتلفها مسلم أم ذمى، أما إذا كانا لذمى فإن على متلفهما الضمان مسلما، أم ذميا؛ لأنهما مال متقوم بالنسبة إليه، كما ذكر القدورى فى مختصره(١).

وذهب الشافعى ،وأحمد إلى أنه لا ضمان فى شىء من ذلك؛ لأنهما ليسا بمال متقوم عندهما فى حق كل من المسلم والذمى، ويرى اللخمى من المالكية أن من غصب خمرا فتخللت فلربها أخذ الخل الذى آلت إليه(٢).

= وجملة القول فى ذلك أن الحنفية يرون أن المنافع ليست بأموال؛ ولذا لا تضمن بإتلاف ولا بتفويت ويراها غيرهم مالا يضمن بالإتلاف وبالتفويت، والمراد ما للأشياء من فوائد عرضية تكتسب بالاستعمال فتوجد معه وتنتهى بانتهائه، ومن أجل ذلك كان معيارها الزمن وكانت أعراضا وجودها بوجوده وانتهاؤها بانتهائه، غير أن الحنفية قد استثنوا من هذا الأصل منافع الأعيان الموقوفة والأعيان المملوكة ليتيم والأعيان المعدة للاستغلال فذهبوا إلى تقويمها وضمانها بالإتلاف، استجابة لداعى المصلحة وحرصا على أموال من لا قدرة لهم على حفظ أموالهم وصيانتها - أما ما يستفاد من الأعيان سوى ذلك من الثمرات والولد واللبن ونحو ذلك مما له مادة فلا يعد من المنافع، ولا خلاف فى ماليتها لقبولها الادخار لوقت الحاجة مع تمولها والتعامل فيها.

(١) جاء فى (الزيلعى ج ٥ ص ٢٣٥): إذا أتلف المسلم خمرا لذمى وجب عليه قيمتها وإن كانت مثلية لأنه لا يستطيع أداء المثل إلا بعد تملكه، وهو لا يستطيع تملكه لنهى الشارع عن ذلك، أما إذا أتلفها ذمى فالواجب عليه مثلها لقدرته عليه ولا يصار إلى القيمة إلا عند العجز عنه.

ولو أسلم الذمى بعد أن قضى له بمثلها على ذمى فلا شىء له؛ لأن الخمر فى حقه حينئذ غير متقومة فكان إسلامه فى حكم إبراء منه للمتلف.

ولو أسلم الذمى المتلف سواء وحده أو أسلم الذمى مالكها بعده فكذلك لا يجب لمالكها شىء عند أبى يوسف، وهو رواية عن أبى حنيفة، وقال محمد: تجب عليه القيمة، لأن الإسلام قد طرأ بعد تقرر سبب الوجوب: وهو الإتلاف وثبوت القيمة فى الذمة وهو لا يمنع من ذلك لوجوبها على المسلم إذا أتلف لذمى خمرا، ولأبى يوسف أن إيفاء الواجب ابتداء، وهو الخمر بعد الإسلام متعذر بسبب إسلامه، وإذا تعذر إيفاء أصل الواجب لم يجب، وإذا لم يجب لم تجب قيمتها لأنها إن وجبت وقلنا أن وجوبها باعتبار أصل السبب لم يقبل ذلك؛ لأن السبب ما أوجب قيمة وإنما أوجب خمرا وهو المثل. وأن قلنا وجبت باعتبار أنها بدل عن الخمر الثابتة فى الذمة لم يقبل أيضا، لأن من شرط البداية تملك ما فى ذمة المتلف وهى الخمر التى وجبت مثلا، والذمى لا يقدر على تملك من السلم المتلف، كما إن المسلم لا يقدر أن يتملكها حتى يملكها، وإنما الزم المسلم عند إتلافه خمر الذمى بقيمتها لأن إيجاب ذلك عليه بسبب الغصب والاستهلاك باعتبار ذلك جناية أوجبت ضمانا من غير اعتباره سببا موجبا للملك فى المحل إذ المحل خمر والمسلم لا يملكه.

أقول: وعلى ذلك يكون ضمان جناية لا ضمان تعويض ويلزم أن الاعتداء على الأموال بإتلافها قد يستوجب الجزاء إذا لم يمكن تأسيسه عند التعويض والجبر على المبادلة كما فى الاعتداء على النفس وأطرافها غير أن تقديره عندئذ يرجع فيه إلى مقدار الضرر المالى فيه، نظرا إلى ما فيه من المالية، وإذا صح هذا، فما الذى يمنع من تأسيس جميع أحوال التعويض على هذا النظر، وبذلك تنفى فكرة التملك بالتضمين.

وقالوا: إذا غصب ذمى خمرا من مسلم فتخلل عنده من غير صنعه ثم هلك لم يضمنه إذ لم يكن منه إتلاف لمال ترتب عليه زواله حتى يضمن ولم يكن منه غصب وتعد يوم غصب، لأنه لم يغصب مالا، وإنما غصب خمرا من مسلم، وهى ليست مالا فى ملك المغصوب منه، وعندئذ لا يضمن مثله بالاستهلاك.

(٢) راجع تبيين الحقائق والشلبى عليه ج ٥ ص ٢٣٤ والمسألة ترجع إلى ما بين الحنفية والشافعية والحنابلة من خلاف فى أن أهل الذمة مكلفون بفروع الشريعة، أى بأحكامها التى تتعلق بالمعاملة. أم لا، فالحنفية يرون

وفى «الشرح الكبيـر»: من غصب من ذمى خمرا فتخللت خُيِّر الذمى بين أخذ مثل الخمر أو أخذ الخل، والذى عليه الفتوى أن له أخذ الخل أو قيمة الخمر يوم الغصب «أى إذا كان المغصـوب منه ذميا» ولو كانت لمسلم تعين أخذ الخل. ومن غصـب عصيرا فتـخمر عنده غـرم مثله، أى لتلفه بالتـخمر، ولم يفـرق بين مسلم وذمى بالنسـبة إلى الغاصب، أو المالك وقال المازرى: إذا غصب مسلم من مسلم خـمرا فأراقها فلا ضمان عليه؛ لأنه فعل ما يجب عليه شرعا، وهذا مـا يدل على عدم ماليتها عند أصحاب هذا الرأى، ولو أمسكها حتى تخللت عنده وجب عليـه أن يردها إلى من غصبها منه، وفى «الشرح الكبيـر »للدردير: من غصب عصيـرا فتخلل خير ربه بين أخـذه خلا، أو أخذ مثل العصير، ولم يفرق بين أن يكون لمسلم أو لذمى.

ويؤخذ من هذه النقول أن المالكيـة يرون أن الخمر متقومة بالنسـبة إلى الذمى كما يدل على ذلك عبارة الـشرح الكبير للدردير، وغيـر متقومة بالنسـبة إلى المسلم، وعلى ذلك فلا ضمان فى إتلافها عليه وذلك ما يدل على قول المازرى[1].

= أنهم غيـر مكلفين بناء على عقـد الذمة؛ إذ يقـتضى عدم التـعرض لهم فى دينهم ومـعتقـداتهم، أما المعاملات المالية فخـارجة عن ذلك والعقد يقضى بأن لهم فيها مالنا وعليهم مـا علينا، وإيجاب ضمان ما أتلف من الأموال خارج عن المعتـقدات الدينية فكان الحكم فيها بالنسـبة لهم كالحكم لدى المسلمين، هذا وإنما وجب فى إتلاف خمر الذمى قيمـتها إذا أتلفها عليها مسـلم مع أنهـا مثلية. والواجب فى المثلى مثله لأن المسلم غير قـادر على تملكها ثم إعطائها للذمى عوضا عن خمره؛ وذلك لما روى جابر أن النبى ﷺ قال: ألا إن الله ورسوله حرم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام «متفق عليه» كما ورد أن رسول الله ﷺ حرم بيعـها، وأمر بإراقتها إذا كـانت لمسلم وما يحرم بيعه لا يملك ومـا يؤمر بإراقته لا ضمان فـيه لعدم تقومه، وكان ذلك هو الحكم بالنسبة للمسلم والذمى على السواء عند الشافعى.
ويرى الحنفية أن الخمر والخنزير كلاهما مـال متقوم فى حق الذمى بدليل أن عمر رضى الله عنه حين سأل عماله: ماذا تصنعون بما يمر به أهل الذمة من الخمر قالوا نعشر فقال لا تفعلوا، ولكن ولوهم بيعها وخذوا أثمانها. فقد جعلها فى حـقهم مالا متقوما يجرى فيه البيع وأمر بأخذ العـشر من الثمن. وذكر أبو عبيدة فى كتـاب« الأموال» أن عـمر رضى الله عنه كتـب إلى عماله: أن اقـتلوا خنازير أهل الذمة واحـتسـبوا لأصحابهـا بقيمتها من الجـزية وذلك ما يدل على أنها مال متـقوم فى حقهم أيضا، والمال المتـقوم يضمن بالإتلاف. وفى هذا الأثر الأمر بضمانها بقيمتها والمتلف لها مسـلم هم عمال عمر، فدل ذلك على تقومها بالنسبة لهم على اختلاف حكم إتلافهـا لما سبق بيانه، وهذا الذى ذكرناه فى حكم إتلاف المسلم ما للذمى من خمر وخنـزير هو ما ذكره القدورى واقتـصر عليه. وجاء فى تبـيين الحقائق للزيلعى وغـيره من كتب الحنفية أن المسلم إذا أتلف لذمى خنزيرا لم يضمن له شيئا عند أبى حنيفة خلافا لأبى يوسف ومحمد، إذ يلزمانه القيـمة كما تلزمه القيـمة فى إتلاف خمره، والفرق بين الخمـر والخنزير عند أبى حنيفة أن الخنزير قيمى وضمانه إنما يكون بقيمته وقيمته قائمة مقامه، ألا ترى أن المتلف إذا جاء بقيمة ما أتلف بعد الإتلاف أجبر صاحبه على القبول كما إذا جاء بالمتلف نفسه فكان أداء القيمة كأداء الخنزير وتسليمه نفسه والمسلم لا يملك الخنزير ولا تسليمه بخلاف الخمر لأنها مثلية فلا تكون قيمتها وهى مثلية فى معناها ولا يكون أداؤها فى معنى أداء الخمر نفسـه إذ لا يجبر مالك المثلى على أخذ قيمته عند إحـضارها بعد تلفه بل ليس على المتلف مثله ولا تؤخذ القـيمة إلا بالتراضى (راجع نهاية المحتـاج ج ٥ ص ١٦٣ وكشاف القناع ج ٢ ص ٣٤٠ وما بعدها).

(١) راجع الشرح الكبير للدردير ج ٣ ص ٤٤٨ والوان ج ٥ ص ٢٨٠.

كما لا ضمان عند أحمد فى الكلب والسرجين وكل نجس لا يباح الانتفاع به، وكذلك آلات اللهو وأدوات الخمر[١].

وقد جاء فى مجمع الضمانات: إن نزح رجل ماء بئر لآخر حتى يبست وأتى على جميع الماء لم يضمن؛ إذ مالك البئر لا يملك ماءه عند الحنفية، بخلاف ما لو غصب ماء محرزا فى آنية فإنه يضمنه بمثله؛ لأن الماء فى الأوانى مال متقوم مملوك بإحرازه لصاحبها[٢].

ومن الفقهاء من ذهب إلى أن ماء البئر يعد مملوكا لصاحب البئر بإحرازه فيه، وعلى ذلك يكون حكمه حكم المحرز بالأوانى، ذهب إلى ذلك المالكية.

نقص المغصوب وزيادته لدى الغاصب:

تبين مما سبق أن الضرر الموجب للتعويض هو الضرر المالى الماثل فى نقص قيمة العين المغصوبة أو المتعدى عليها بفعل صادر من المعتدى، وعليه إذا نقصت قيمة المغصوب بسبب تغير الأسعار لم يكن نقصها بسبب ذلك مضمونا على المعتدى إذا رد العين المغصوبة أو المعتدى عليها إلى مالكها بعد نقص قيمتها بسبب هذا؛ ذلك لأنه قد رد إليه عين حقه كما أخذه لم يحدث فيه حدثا، ونقص قيمته عندئذ ليس له صلة بفعله، وإنما كان أثرا لسبب بعيد عنه هو ضعف رغبات الناس على أنه مما يجب أن يلاحظ أن العين إذا تلفت لدى الغاصب فى هذه الحال لزمه ضمانها بقيمتها وقت غصبها لا وقت ردها الذى هو وقت انخفاض قيمتها.

ويرى المالكية أن نقص قيمة العين نتيجة لتغير الأسعار غير مضمون على الغاصب فى غصبه العين، ولكنه مضمون على المعتدى عليها فى الاعتداء بناء على ما فى ذلك النقص من فوات منفعة حدث الاعتداء عليها قصدا بخلاف الغصب؛ لأن الاعتداء فيه على الذات، ولم يمس الذات عندئذ نقص.

وأما إذا نقصت قيمة المغصوب لدى الغاصب بسبب آخر، فإن ذلك النقص يكون مضمونا على المعتدى كما ذكرناه، غير أنه إذا زال ذلك الضرر لدى الغاصب فعادت قيمة المغصوب إلى ما كانت عليه، أو زادت ثم رده بعد ذلك إلى مالكه، فإن ضمانه يزول بذلك إذا كان سبب النقص والزيادة واحدا، كما فى الولادة تنقص بها قيمة الشاة

---

(١) كشاف القناع ج ٢ ص ٣٦٤.

(٢) مجمع الضمانات ص ١٣٨.

المغصوبة ويكون فى الولد ما يعوض ذلك النقص، وكما فى المرض يزول لدى الغاصب. أما إذا اختلف سبب النقص والزيادة فلا يرتفع الضمان لتقرره باستقرار سببه. ولكن إذا رده قبل عودتها إلى ما كانت عليه لم يرتفع الضمان بعودة القيمة إلى حالها الأول، لاستقرار الضمان بسبب رد المغصوب ناقصا، إذ كان الواجب أن يرده سليما كما أخذه سليما.

وعلى هذا إذا غصب شاة فولدت لدى الغاصب وتسبب عن ولادتها نقص فى قيمتها فإن هذا النقص يجبر بما لولدها من قيمة إذا ردها مع ولدها إلى مالكها عند أبى حنيفة خلافا لزفر والشافعي رحمه الله، وكذلك الحكم إذا جز صوف شاة مغصوبة، ثم عاد صوفها كما كان أو قلع سنا لها ثم نبتت مكانها سن أخرى، أو مرضت ثم شفيت لدى الغاصب، أو هزلت ثم سمنت، ففى هذه الأحوال وأمثالها التى يتحد فيها سبب النقص والزيادة إذا ردها إلى مالكها؛ بعد زوال النقص بناء على تلك الزيادة ارتفع ضمان الغاصب لهذا النقص لانجباره بها عند أبى حنيفة خلافا لزفر والشافعي - ووجه قولهما أن هذه الزيادة ليست إلا مالا مملوكا لمالك الشاة فكيف تعد مع ذلك اعتياضا عن مال له تلف بتعدى الغاصب ولزمه ضمانه - ووجه قول أبى حنيفة أن سبب النقص والزيادة إذا كان واحدا اعتبر النقص كأن لم يكن لحدوثه بسبب زاد به المنقوص فجبر نقصه، فيرتفع الضمان بسبب ذلك، كما إذا شهد شهود على البيع بالقيمة، أو بأكثر منها ثم رجعوا عن شهادتهم بعد القضاء لم يضمنوا للمشهود عليه شيئا، لأنهم أخلفوا عليه بشهادتهم ما نقص من ماله بسببها فلم يتحقق الضرر المالى - وما قيل من أن الزيادة ملك المغصوب منه فكيف ينجبر بها ملك له آخر ليس بسليم من ناحية أن هذا ليس من قبيل فوات المال وانجباره فى الحقيقة، وإنما هو اعتبار لملك الغاصب فى حالتى نقصه وزيادته، وحدة غير مجزأة، ولا منفصلة الأجزاء وإن قيمته في بداية الزمنين ونهايتهما لم تنقص، فلم يتحقق مع هذه الملاحظة ضرر يستوجب التعويض، ومثل ذلك كما إذا غصب إنسان سبيكة من ذهب ثم جزأها قطعا ثم ردها إلى مالكها فإنه لا ضمان عليه حينئذ؛ لأن مجموع الأجزاء يساوى السبيكة وزنا وقيمة، ولكن إذا كان سبب الزيادة غير سبب النقص لم يرتفع بالزيادة ضمان الغاصب اتفاقا كما إذا أخذ مقدارا من بر، ثم نقعه فى ماء ليصنع منه بليلة، ثم وضعه على النار ليصنع منه هذا الطعام. فزادت قيمته بسبب ذلك، فإن ضمانه لما أصاب البر بسبب بله بالماء لا يرتفع بذلك[1].

---

(١) تبيين الحقائق للزيلعي ج ٥ ص ٢٣٢ - ٢٣٣.

وقد جاء فى مطالب أولى النهى من كتب الحنابلة: أن من غصب ثوبا قيمته عشرة دراهم فاستعمله استعمالا نقصت به قيمته إلى النصف، أو نقصت قيمته بسبب رخص السعر، ثم ارتفعت قيمة الثوب إلى ما كانت عليه فإن الغاصب يرده بعد ذلك إلى مالكه مع أرش نقصه لثبوته فى ذمته قبل ارتفاع سعره فلا يتغير ذلك بغلاء السعر ولا برخصه. ومؤدى ذلك أنهم يرون تضمين الغاصب قيمة النقص سواء رده بعد زوال النقص، أو قبل زواله بدليل تعليلهم وجوب التضمين باستقرار الضمان فى الذمة بحدوثه، وعلى ذلك فلا انجبار للنقص عندهم[1] بزيادة لم يحدثها الغاصب.

أنواع الضرر وما يترتب عليها:

١ ـ الضرر قد يتمثل فى أذى يصيب الإنسان فى جسمه، وفيه ما فرضه الشارع وقدره من جزاء، أو من حكومة عدل على ما بينا سابقا، وهذا إذا كان له أثر باد فى الجسم، أو كان له أثر بدنى ثم زال ـ فليس فيه جزاء مالى يدفع للمضرور إلا أن يكون ما تكلفه من نفقات فى علاجه حتى زال ـ ولكن هذا لا يمنع الحاكم من تعزير المعتدى جزاء على ما اقترفه من جرم؛ لأن كل اعتداء، أو محظور يستوجب التعزير، إذا لم يشرع له الشارع جزاء، وقد تقتضى المصلحة فى كثير من الأحوال إضافة نوع من التعزير إلى ما شرعه الشارع من جزاء إذا رأى الحاكم من ظروف الاعتداء والمعتدى ما يرى معه عدم كفاية الجزاء لردعه وزجره، ويسمى هذا بالضرر الجنائى أو الجسمى.

٢ ـ وقد يتمثل الأذى فيما يصيب الإنسان فى شرفه وعرضه من فعل أو قول يعد مهانة له كما فى القذف والسب، وفيما يصيبه من ألم فى جسمه، أو فى عاطفته من ضرب لا يحدث فيه أثرا، أو من تحقير فى مخاطبته، أو امتهان فى معاملته، وهذا هو ما يسمى بالضرر الأدبى.

٣ ـ وقد يتمثل فى تفويت مصلحة غير مالية ملتزم بها كما فى التزام امتنع فيه الملتزم عن تنفيذ التزامه كالوديع يمتنع عن تسليم الوديعة إلى مالكها، والمستعير يمتنع عن تسليم العارية إلى المعير، والمستأجر يمتنع عن تسليم العين المستأجرة إلى مؤجرها، ونحو ذلك من كل ما ليس فيه تفويت مال على صاحب العين، ويسمى هذا بالضرر المعنوى.

٤ ـ وقد يتمثل فى تفويت مال على مالكه سواء كان بإتلاف أتى على كل المال، أو على بعضه، أو بتعييب فى المال نقصت به قيمته عما كانت عليه قبل التعييب، أو

---

(١) ج ٤ ص ٥٦.

بتفويت منفعة من منافعه على مالكه ـ وعلى الجملة يتناول هذا النوع كل ضرر تسبب عن فعل كانت نتيجته تلف المال كله أو نقص قيمته عما كانت عليه.

فأما النوع الأول ففيه الجزاء المالى من الشارع، وقد ذكرنا أنه جزاء يشبه التعويض من ناحية، ويشبه العقوبة من ناحية أخرى.

وأما النوعان الثانى والثالث فليس فيهما تعويض مالى على ما تقضى به قواعد الفقه الإسلامى، وذلك محل اتفاق بين المذاهب، وأساس ذلك فيهما أن التعويض بالمال يقوم على الجبر بالتعويض وذلك بإحلال مال محل مال فاقد مكافئ لرد الحال إلى ما كانت عليه، إزالة للضرر وجبرا للنقص، وذلك لا يتحقق إلا بإحلال مال محل مال مكافىء له، ليقوم مقامه ويسد مسده، وكأنه لم يضع على صاحب المال الفاقد شيء وليس ذلك بمتحقق فيهما.

وعلى هذا الأساس وجب التعويض ابتداء بالمثل متى أمكن ذلك؛ لأن التعويض به كامل من جميع الوجوه، فإن لم يكن له مثل اعتبرت المساواة فى المالية. وعلى هذا الأساس أيضا لم تجز الزيادة فى التعويض، ولا النقص فيه عن قيمة المعوض عنه وأجبر صاحب المال على قبوله دون التفات إلى إعراضه متى ثبتت المعادلة والمكافأة بين العوضين. ومن أجل ذلك لم يجز أن يعطى المال فيهما تعويضا؛ لأنه إذا أعطى كان أخذ مال لا فى مقابلة مال، وكان هذا من أكل المال بالباطل، وذلك محظور لقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلاَّ أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ ... ﴿٢٩﴾﴾ [النساء] ومن جهة أخرى يرى أن إعطاء المال فى هذا النوع من الضرر لا يرفعه ولايزيله، فأخذ المال فيه عند جرح الشعور، أو ثلم الشرف لا يعود به كلاهما إلى ما كانا عليه من سلامة، وآخذ المال فى نظير امتناع من تعاقد معه على أن يقوم له بتنفيذ ما التزم به لا نزول به آثار ذلك الامتناع، ويصير به الممتنع قائما منفذا لالتزامه، ومن هذه الناحية يرى أن إعطاء التعويض فيه ليس جبرا، والتعويض إنما يقصد به الجبر، وإذا كان الإضرار بهذا النوع من الضرر جريمة وإثما وأمرا محظورا يتناوله قوله ﷺ «لا ضرر ولا ضرار»، ومن مصلحة المجتمع وقاية الناس منه، كان الواجب فيه التعزير عليه بما يراه الحاكم وقاية وزجرا، وقواعد الفقه الإسلامى لا تأبى ذلك بل تأمر به إذا ما اقتضته المصلحة العامة.

هذا، وليس يفوتنا فى هذا المقام أن نشير إلى ما كان من خلاف فى بداية الأمر بين رجال التشريع الوضعى فى التعويض عن الضرر الأدبى بالمال؛ فقد ذهب فريق إلى

عدم وجوبه مستندين إلى أن هذا الضرر ليس فى مال حتى ينجبر بالمال، وإلى أن المثل العليا تأبى أن يساوم الشخص على شرفه وعرضه كما يساوم على أمواله، وبأن تقويمه بالمال لا يستند إلى أساس سليم، وتقديره يختلف باختلاف الأشخاص، ولا يكون إلا تحكما، غير أن هذا الرأى على صحة ما استند إليه وسلامته لم يتح له الانتصار، فقد عدلت عنه المحاكم فيما رأت أنه - على الرغم مما أشير إليه آنفا - يحقق للمضرور نوعا من الترضية وسكون النفس وشفاء الغليل مما يخفف عنه ألم ذلك الضرر، ويضعف أثره، وذلك إزالة لبعضه فى الجملة، وهو ما يصح أن يكون مطلوبا إذا ما تعذر الوصول إلى ما هو أفضل منه؛ ولذا كان أساس التقدير به أن يضع القاضى نفسه موضع المضرور، ثم ينظر مع مراعاة ظروف المضرور ومكانته بم ترضى نفسه، وعلى هذا يقدر.

ومما فرع على ما تقدم عدم وجوب الضمان بسبب تفويت فرصة من الفرص كان من المحتمل أن يكون من ورائها كسب مالى، وذلك مثل ضياع فرصة استئناف حكم بسبب تأخر المحامى فى تقديم استئناف عن موعده، أو ضياع فرصة دخول فى امتحان للترشيح فى وظيفة معينة، أو للحصول على ترقية، إذ ليس فى ذلك ضرر يتمثل فى فقد مال قائم.

* * *

الضرر المفترض ونظرية تحمل التبعة:

والشريعة الإسلامية تأبى أن يسأل الإنسان عن ضرر لا يد له فى إحداثه، وذلك ما يدل عليه قوله تعالى: ﴿ وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ ... ﴿١٦٤﴾ ﴾ [الأنعام] وقوله تعالى: ﴿ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا لَهَا مَا كَسَبَتْ وَعَلَيْهَا مَا اكْتَسَبَتْ ... ﴿٢٨٦﴾ ﴾ [البقرة]. وعلى ذلك لا يسأل الإنسان عن ضرر أحدثه حيوانه إلا إذا كانت نتيجة إثارة منه، أو توجيه أو نتيجة إهمال وتقصير فى حفظه وحراسته حيث يجب ذلك شرعا، أو عرفا كما سيأتى فى مسئولية الإنسان عما يحدثه حيوانه، ولا عن ضرر يحدث من سقوط بناء له إلا إذا كانت نتيجة تقصير فى تحاشى ذلك بأن بناه واهنا، أو أغفل نقضه، أو إصلاحه على الرغم من تنبيهه إلى وهنه وتعرضه للسقوط كما سيأتى تفصيل ذلك، ولا يسأل عما يحدثه أولاده ولا أتباعه من ضرر، إنما يسألون هم عنه فى أموالهم وهكذا.

وجملة القول أن المبدأ العام عدم مساءلة الإنسان عن ضرر يحدثه غيره ولا يد له فيه، ولكن الشريعة الوضعية خالفت هذا المبدأ فذهبت إلى مساءلة الإنسان فى حالات من الضرر لا يرى أن له يدا فيها، وذلك كما فى مساءلة الإنسان عن أفعال من هم خاضعون لرقابته، أو من هم تبع له، أو عما يحدث من بعض ما يملك أو يقوم عليه، كما فى مساءلته عما يحدث من الأشياء التى يملكها أو التى فى حراسته، وذلك بناء على افتراض حدوث خطأ منه أو تقصير أديا إلى حدوث هذا الضرر، فكان متسببا فى حدوثه، وجعلت من ذلك ما يقبل الإثبات فى نفيه وعدم تسبب المسئول فيه، ومنه مالا يقبل فيه ذلك.

وبناء على ذلك ألزمت الشخص عن الضرر الذى ينشأ عن إهمال من هم تحت رعايته ورقابته، أو من عدم الدقة والانتباه منهم إذا كان القانون قد أوجب عليه تلك الرعاية أو الرقابة بسبب حاجتهم إليها لقصرهم أو ضعف حالتهم العقلية أو الجسمية؛ وذلك بناء على افتراض تقصير فى تلك الرعاية والرقابة كما فى الضرر يحدث من الأولاد الصغار.

كما ألزمت المتبوع ضمان الضرر الذى يحدث من تابعه بعمله غير المشروع متى كان واقعا منه فى حال تأدية وظيفته، أو بسبب تأديتها بناء على افتراض خطئه أيضا فى اختياره ذلك التابع، أو بناء على وجوب تحمل تبعة إنابته إياه عنه فى عمله واعتبرته خطأ مفترضا لا يقبل إثبات نفيه، وألزمت الحارس للأشياء، أو الآلات التى تتطلب حراستها عناية خاصة بالنسبة إلى صنعتها وظروفها ضمان ما يترتب على إرادتها من ضرر بأحد العاملين عليها، وذلك بناء على افتراض تقصير من الحارس فى بذل العناية الخاصة حتى كان من نتيجة ذلك حدوث الضرر وجعلت تسببه فى هذا الضرر مما لا يقبل إثبات نفيه - وأسست ذلك على أن كثيرا من المضرورين يعجزون عن إثبات ما يحدث من خطأ أو تقصير أديا إلى ضررهم، وذلك ما أدى إلى حرمانهم من تعويض تقضى لهم به العدالة - وهذا إلى أن انتشار الصناعات بجميع أنواعها وآلاتها البخارية والكهربائية وما تسبب عن ذلك من كثرة الحوادث بالعاملين مع فقرهم وحاجتهم، وثراء العاملين لهم، ووفرة الربح العائد عليهم؛ ثمرة لعملهم وإنهاكهم فيما أدى إلى هذا الربح من جهود مضنية يدعو إلى تحميل مؤجريهم تعويض ما ينالهم من الضرر أثناء قيامهم بالعمل جزاء لما نالهم منه من نفع وغنم، والغرم بالغنم، وكأنهم فسروا هذه القاعدة بأن كل ما يجنى منه الإنسان غنما وربحا وكسبا فعليه لقاء ذلك تبعة ما يحدث عنه من ضرر بغيره، ومعنى ذلك فيما رأوا أن ليس للمالك من ثمراته كل ما أثمره بل لا يكون له منها ما يبقى بعد أن ينتقص منها ما يجبر ضررا لحق بغيره بسبب عمله فيه

أو قيامه عليه أو بسبيل قيامه بذلك،فى حين أن معنى هذه القاعدة فيما يراه فقهاء الشريعة ـ على ما يظهر لى ـ أن غنم الإنسان من مال يستتبع غرامته إذا ما أصاب هذا المال ضرر، وذلك بتحمله ضرره لا إذا ما أصاب غيره من جرائه ضرر.

ولا شك أن هذا المبدأ لا أساس له من العدالة فإن المال وثمراته لصاحبه لا يؤخذ شيء إلا بحقه وأخذه بغير حقه أكل للمال بالباطل، والله يقول: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلاَّ أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ ... (٢٩)﴾ [النساء] ويقول: ﴿و فَإِن طِبْنَ لَكُمْ عَن شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَّرِيئًا (٤)﴾ [النساء]. وليس أخذ المال على هذا الوضع فى هذه الحال أخذا بحق، فإن أخذه ـ فيما دل عليه الشارع من نصوص ـ لا سبيل إليه إلا أن يكون فى معاوضة أو تبرعا عن طيب نفس، أو تعويض عن مال أتلف، وليس فى افتراض مخالفة لم تحدث عمل ضار يصلح أساسا للتعويض أو التقويم مما يحقق معنى ما أشار إليه الكتاب العزيز فى الآيتين المذكورتين، ومن أجل ذلك لم يكن الإلزام بالتعويض فى الحالات المشار إليها مما يتفق مع مبادئ الفقه الإسلامى.

ونظرية تحمل التبعة التى لجأ إليها التشريع الوضعى حين تعرضت نظرية الخطأ المفترض لنقد الناقدين ونقض المعترضين، وعدم وفائها فى بعض الحالات بما رامه منها بعض الباحثين لا تقوم أيضا على أساس من المنطق سليم، ولا تسلم من مخالفتها لما أشرنا إليه من آيات الكتاب الحكيم، ذلك بأنها تقوم على أن المتبوع وقد انتفع بنشاط تابعه فجنى منه الربح الوفير فعليه أن يتحمل تبعة هذا النشاط وما قد يجر إليه من ضرر، والغنم بالغرم، غير أن هذا الربح وقد تولد من مال للمتبوع وعمل قام به التابع وأخذ عليه أجره إنما هو مستحق للمتبوع بما دفعه من أجر بمقتضى عقد استئجاره التابع ثمرة للملكه، وثمرات الملك لمالكه، وإلزامه بعد ذلك بتعويض ما يحدث عن طريق العمل فى ذلك المال من ضرر لابد له فيه ليس له سبب سليم يؤسس عليه.

شروط وجوب الضمان:

تبين مما سبق أن الضرر المالى لا يوجب ضمانا إلا إذا كان متماثلا فى فقد مال متقوم مملوك، فلا ضمان فيما ليس بمال[1]، ولا فيما هو مال غير متقوم، وعلى ذلك

---

(١) روى عن محمد فى الجراحات التى تندمل وليس لها أثر تبقى حكومة عدل. وعن أبى يوسف أن الواجب فيها ثمن الدواء وأجرة الطبيب وما يتطلبه اندمالها من نفقات، وعن أبى حنيفة لا شيء فيها كما فى ضربة تؤلم دون أن تترك أثرا (مبسوط ج ٢٦ ص ١١) ويظهر أن ليس شيء مما ذهب إليه الصاحبان من قبيل التعويض، وإنما يعد من قبيل التغرير بالمال ووجوب رد الحال إلى ما كانت عليه، وعلى ذلك فلا يعد مثل ذلك نقصا لاشتراط مالية الضرر.

ذهب الحنفية إلى عدم التضمين فى المنافع سواء كان ذلك عند إتلاف مصادرها من الأعيان، أو عند انتقاصها، أو عند تعيينها أو عند فواتها أو تفويتها؛ لأنها ليست بمال عندهم ومن أجل ذلك لم يجز أن تقابل بالمال، ولم يجز ضمانها لقيام الضمان على المقابلة والمعاوضة، إذ إن أساس ضمان التالف إحلال مثيله محله؛ جبرا له ورفعا لضرر فقده وذلك ما يدل عليه قوله تعالى فى ضمان العدوان: ﴿ فَمَنِ اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ ... ﴿١٩٤﴾ ﴾ [البقرة] للنص فيه على مراعاة المماثلة فى الجزاء، وليس للمنافع مثل تجبر به عند فواتها لارتباطها بأزمان حدوثها وطرق استيفائها، وهى أمور مختلفة فتختلف باختلافها ثم هى مع ذلك لا يرد عليها الإتلاف، إذ لا يتصور وروده عليها قبل وجودها لعدمها فإن المعدوم لا يعدم، ولا عند وجودها، لأنها لارتباطها بالزمن تنعدم بانعدام لحظاته، فتعدم حين توجد ويكون عدمها مقارنا لوجودها فلا يتصور فيها إتلاف يصادف لها بقاء، ولذا لا يتصور وورود الإتلاف عليها ولا يتحقق لذلك سبب لضمانها من إتلاف أو وضع يد.

وخالفت فى ذلك الشافعية والحنابلة فذهبوا إلى وجوب التضمين فيها، لأنها فى رأيهم مال متقوم يتحقق فيه التعدى المستوجب للتضمين، وذلك بالتعدى على مصادرها، أو بالحيلولة بينها وبين صاحبها ومنعه الانتفاع بها بأى سبب يحول بينه وبين الانتفاع؛ كالاستيلاء على مصادرها ومنعه من أن يقربها أو إخراجه منها أو إبعاده عنها، ألا يرى أنها تقابل بالمال فى الإجارة، وتختلف قيمتها باختلاف الأزمان والأعيان والبيئات، فإذا فاتت على صاحبها من غير انتفاع بها، أو استعملت ضمنت لتقومها كالأعيان كما تضمن منفعة الحر بالتفويت؛ وذلك بإجباره على العمل فى حين أنه ليس بمال فى رأى الحنفية، إنما لم تضمن منفعته بالفوات عند حبسه، لعدم تحقق الاعتداء عليها قصدا فكانت منعدمة. ويرى الحنفية أن تقوم المنافع فى عقد الإجارة لا يصلح دليلا على ماليتها؛ لأن تقومها فى عقد الإجارة كان أثرا ونتيجة للعقد الوارد على مصدرها واعتباره حالا محلها فيه، وكان وجوده وقيامه وجودا لها فقومت تبعا لتقوم أصلها؛ للضرورة التى اقتضت ذلك من حاجة الناس إلى انتفاع بعضهم بما لبعضهم الآخرين من أعيان ليس لهم مثلها، وقيام التعامل وتوقف المصالح على ذلك فكان تقومها فى هذا التعاقد وأمثاله أمرا اقتضته الضرورة، والضرورة تقدر بقدرها، ولم يكن ذلك لماليتها، وتفريعا على هذا الاختلاف فإن من يستولى على دابة مثلا مدة من الزمن وحال بينها وبين صاحبها كان ضامنا لأجر مثلها فى تلك المدة عند الشافعية والحنابلة خلافا للحنفية فلا ضمان عليه عندهم وإن انتفع بها. وغاصب العين إذا أتلفها بعد غصبها بمدة كان ضامنا لقيمتها وأجر مثلها فى تلك المدة، لأن منافعها فى ضمانه عند الشافعية

والحنابلة؛ لأن كلا من العين ومنفعتها مما يضمن عند الانفراد فكذلك يكون الحكم عند الاجتماع على الأصح. وقيل: يضمن أكثر الأمرين قيمة، ولا يضمن عند الحنفية إلا قيمتها فقط سواء انتفع بها فى تلك المدة أم لم ينتفع[١].

وإنما يضمن من منافع المغصوب عند من قال بالتضمين فيها ما يصح استئجاره منها، وتضمن بالتفويت استعمالا أو تعطيلا. وإذا نقص المغصوب ضمن قيمة نقصه مع قيمة منافعه وأجرته بعد النقص؛ أى أجرته ناقصا.

وقد استثنى متأخرو الحنفية من عدم ضمان المنافع ثلاث مسائل ذهبوا فيها إلى الضمان، فأوجبوا على المعتدى فيها أجر المثل، وهى منافع الموقوف للسكنى أو للاستغلال ومنافع ملك اليتيم ومنافع المعد للاستغلال من الأعيان، وهو من بناه صاحبه، أو اشتراه لذلك، أو أجره ثلاث سنوات أو أكثر متوالية، ويشترط فى ضمان منافعه أن يكون المستعمل عالما بأنه معد للاستغلال، وألا يكون مشهورا بالغصب، وألا يكون المنتفع به قد انتفع بتأويل ملك كبيت سكنه أحد الشركاء فيه، أو بتأويل عقد كانتفاع المرتهن بالرهن.

ومن المعد للاستغلال ما بناه صاحبه لنفسه، وأعلن بعد ذلك أنه أعده للاستغلال وأخبر الناس بذلك، ففى هذه الأحوال الثلاث تضمن المنافع عند الحنفية استحسانا؛ مراعاة لمصلحة الوقف، ومصلحة اليتيم حتى لا يكون من وراء عدم تضمين المنتفع عند ذلك ممالأة على الإضرار بالوقف أو باليتيم؛ نظرا لعدم قدرتهما على حماية حقوقهما ـ أما فى المعد للاستغلال فالمراعى فيه أن إقدام المنتفع على الانتفاع به مع علمه بذلك، ومع إعداده للاستغلال يعتبر فى حكم قبوله لاستئجاره، كما يعتبر إعداده للاستغلال فى حكم إيجاب صادر من مالكه بذلك، وعلى ذلك يشبه الوضع فيه وضع إجارة فاسدة بسبب عدم تعيين الأجرة والمدة فيها، فيجب أجر المثل.

ذلك هو حكم منافع العين إذا تلفت عند الحنفية، أما زوائدها المالية فقد ذهبوا فيها إلى أن المتصلة منها بالعين كالسمن يعتبر جزءا من العين له حكمها، أما المنفصلة كالولد والثمرة فهى ملك لمالك العين، وتعد أمانة لدى صاحب اليد على العين فلا تضمن إلا بالتعدى، أو منعها عن مالكها إذا طالبها[٢]، ولكن الأكساب [٣]. كالأجرة تكون ملكا لصاحب اليد بسبب ضمانه؛ لحديث: «الخراج بالضمان»؛ ولذا لا تضمن كما لا يضمن بدلها من المنافع.

---

(١) راجع نهاية المحتاج ج ٥ ص ١٦١ وما بعدها. وكشاف القناع ج ٢ ص ٧٤٠ وما بعدها.
(٢) ذهب إلى ذلك أئمتنا الثلاثة أبو حنيفة وصاحباه فلا تعد مغصوبة لعدم تفويت يد المالك فيها إذ لم يكن له يد عليها فاتت بفعل من غاصب أصلها «زيلعى ج ٢ ص ٢٢٢».
(٣) الأكساب جمع كسب؛ أى الأرباح.

وذهب الشافعية والحنابلة إلى أن جميع الزوائد متصلة أو منفصلة تدخل فى ضمان صاحب اليد فيضمنها إذا تلفت فى يده لتعديه بوضع يده عليها بلا حق.

أما المالكية: فقد اختلفوا اختلافا شديدا فى حكم ضمان المنافع إذا تلفت فقالوا إن الغاصب لعين إما أن يكون قد قصد إلى غصب ذاتها وإما أن يكون قد قصد إلى غصب منافعها، بغية الانتفاع دون قصد إلى أخذ ذاتها اغتصابا.

ففى الحال الثانية وهم يخصونها باسم التعدى يكون الغاصب ضامنا لمنافعها بإطلاق لا خلاف فى ذلك عندهم سواء أعطل المغصوب، أم انتفع به، أم أكراه فيلزم بأجر مثله مدة اغتصابه.

وفى الحالة الأولى - ويخصونها باسم الغصب - وهى ما إذا عمد إلى غصب الذات فإن الحكم يختلف باختلاف نوع المغصوب، ففى العقار والدور والرباع والأراضى يكون ضامنا لمنفعته إذا استعمل المغصوب بزرع أو سكن أو إكراء[1]. وفى الحيوان يكون ضامنا لما لم ينشأ عن استعماله كالولد والثمرة والصوف والجبن والزبد، ولا عبرة لما يحتاجه الزبد والجبن من عمل؛ لأن هذه الزوائد تعد كالجزء من المغصوب أما ما ينشأ عن استعماله ككراء الدابة وركوبها فلا يضمنها الغاصب بل تكون له، لأنها نتيجة عمله[2].

وفى غير ذلك من الأشياء لا ضمان على الغاصب فى انتفاعه بالمغصوب، لأن منافعه حينئذ لا تنشأ إلا باستعماله.

وفيما يلى بيان تفصيلى جامع فى ضمان المنافع والزوائد فى حال الغصب وإن شئت قلت: ضمان الغلة على أساس أن الغلة تعم المنافع والزوائد فى اصطلاح المالكية.

جاء فى البداية لابن رشد: إن حكم ضمان الغلة محل اختلاف فى المذهب على قولين:

الأول: أن حكمها حكم الشىء المغصوب ذاته، ذهب إلى ذلك أشهب فيضمنها الغاصب بقيمتها يوم الغصب على قول، أو بأكبر قيمة بلغتها فى المدة بين يوم الغصب ويوم رد الشىء إلى مالكه أو يوم تلفه على قول آخر.

(١) الشرح الكبير للدردير ص ٤٤٥.
(٢) المرجع السابق ص ٤٤٩.

الثانى: أن حكمها ليس كحكم الشيء المغصوب، وقد اختلف أصحاب هذا الرأى اختلافا كبيرا، وحاصل مذهبهم فى حكمها أنها ثلاثة أنواع:

(أ) غلة متولدة من أصلها على هيئته وصورته كالولد، وحكمها وجوب الرد مع أصلها، وعلى الغاصب ضمانها عند عدم الرد، غير أنهم قد اختلفوا عند هلاك الأم لدى الغاصب، فقال فريق: يخير المالك بين أخذ الولد وقيمة الأم، فإذا اختار أحدهما لم يكن له الآخر.

(ب) غلة متولدة من أصلها لا على صورته كالثمرة واللبن والصوف والزبد والجبن وفيها قولان: أحدهما أنها للغاصب ولا ضمان عليه فيها، والثانى أنها للمالك وفى ضمان الغاصب وهو أرجح القولين، واختاره كثير من فقهاء المالكية، غير أنه إن تلف الشيء المغصوب كان المالك مخيرا بين أخذ القيمة وأخذ الغلة. فإن أخذ القيمة لا يكون له شيء من الغلة، وإن أخذ الغلة لا يكون له شيء من القيمة، وهذا مذهب ابن القاسم؛ إذ لا يجمع بين الغلة وضمان القيمة عنده.

(ج) غلة غير متولدة كالمنافع والأجور وما أشبه ذلك، وفى هذا النوع خمسة أقوال:

١ ـ أنها غير مضمونة على الغاصب بإطلاق، ولا يلزمه رد قيمتها.

٢ ـ أنها مضمونة على الغاصب بإطلاق، ويلزمه رد قيمتها.

٣ ـ أنها مضمونة عليه فى حال الكراء فقط، وغير مضمونة عليه فى غيرها كما إذا انتفع بالشيء المغصوب أو عطله.

٤ ـ أنها مضمونة عليه فى حال الكراء والاستعمال، وغير مضمونة عليه إذا عطل.

٥ ـ التفرقة بين العقار والحيوان، ففى العقار تكون مضمونة على الغاصب إذا استعمله أو أكراه، وغير مضمونة عليه إذا عطله، وفى الحيوان لا ضمان عليه فيما نشأ عن استعماله ككراء الدابة أو ركوبها، أما ما لم ينشأ عن استعماله فهو فى ضمانه.

وهذا كله فيما أغلّته العين المغصوبة مع بقائها، أما ما تغله بالتصرف فيها كالربح فى الأموال يتجر بها، فهو للغاصب[1].

---

(١) بداية المجتهد: ج ص ٢٦٦.

وأرجح الأقوال أن غلة المغصوب ذاتا عقارا كان أو حيوانا، أو غيرهما فى جميع أحوالها مضمونة على الغاصب، صرح به المازرى، وشهره صاحب المتن وابن الحاجب، وقال ابن عبد السلام. إنه الصحيح عند ابن المولى وغيره من المتأخرين، وهو المشهور عند ابن رشد(١). وفى هذه الحال حال القصد إلى غصب ذات الشيء إذا فات المغصوب ولزمت القيمة الغاصب كان للمالك قيمة المغصوب التالف وغلته وهو قول مالك وعامة أصحابه، وجمهور أهل المدينة. وقال ابن القاسم: لا كراء له إذا أخذ قيمة الشيء المغصوب التالف، أما إذا استرد العين المغصوبة، أو تلفت ولم يختر تضمين الغاصب بل ترك، فله الكراء فقط إذ لا يجمع بين الغلة والقيمة ورجحه اللقانى وقال إنه المعتمد(٢).

ومما تفرع على ما تقدم عدم وجوب الضمان فى إتلاف الأموال المباحة، لأنها غير مملوكة ولم يمس أحدا بإتلافها ضرر يترتب عليه ضياع حق يطالب بعوضه، ولكن إذا ترتب على إتلافها ضياع حق وجب الضمان، كما فى إتلاف الأموال الموقوفة.

ومما يشترط فى وجوب الضمان أن يكون فى وجوبه فائدة؛ ولذا لا يجب الضمان على المسلم بإتلاف مال الحربى، ولا على الحربى بإتلاف مال المسلم، ولا على السلطان العادل بإتلاف مال الباغى ولا على الباغى بإتلاف أموال الجماعة لانعدام الولاية.

ويجب الضمان بتناول الغير حال المخمصة مع إباحة التناول عند الحنفية، ولا يجب عند إذن مالكه بإتلافه؛ لتسليطه على إتلافه، ولا يشترط فى وجوب الضمان علم المتلف بأنه مال غيره؛ ولذا لو أتلف مالا على أنه له فظهر لغيره وجب عليه الضمان.

هل يلزم فى الضرر الموجب للتعويض أن يحدث نتيجة اعتداء؟

جرى التشريع الغربى على أنه يجب فى الفعل الذى ينشأ عنه الضرر أن يكون خطأ، ويرى أن الخطأ شرط ضرورى للمسئولية بالتعويض بل هو الأساس الذى تقوم عليه. ويعرف الخطأ فيه بأنه إخلال بواجب سابق صدر عن تمييز وإدراك(٣)، كما يعرف فيه بأنه تعدٍّ يقع من الشخص فى تصرفه بمجاوزته الحدود التى يجب عليه التزامها فى سلوكه، وهو لذلك انحراف فى سلوك يترتب عليه الإضرار بالغير عن عمد أو إهمال أو تقصير. وعلى ذلك كان الضرر الموجب للتعويض فى هذا الفقه هو الضرر الناشئ عن

---

(١) الدسوقى: ج ٣ ص ٤٤٩.
(٢) الخرشى: ج ٦ ص ١٨٥ والشرح الكبير للدردير والدسوقى عليه: ج ٣ ص ٤٤٩.
(٣) دكتور سليمان مرقس المسئولية المدنية ج ١ ص ٦٢.

اعتداء مصحوب بالإدراك والتمييز، وكانت أفعال المجانين والأطفال ومن لا تميز عندهم موجبة للتعويض فى ذلك التشريع - ذلك لأن إخلالهم بالواجب لا يعد إخلالا بواجب من ناحية عدم تكليفهم وخطابهم به لعدم تمييزهم، وبهذا المبدأ أخذ التشريع المصرى الجديد فى المادة ١٦٤ فقرة أولى، غير أن فى الفقرة الثانية استثنى من ذلك ما إذا وقع الضرر من شخص غير مميز، ولم يكن هناك من هو مسئول عنه أو كان هناك، ولكن تعذر الحصول على تعويض منه، فإنه يجوز للقاضى أن يلزم من وقع منه الضرر بتعويض عادل مراعيا فى ذلك مركز الخصوم، فكان ذلك أمرا جوازيا استثنائيا تقديريا.

والفقه الإسلامى لا يشترط فى الضرر الموجب للتعويض أن يكون ناشئا عن اعتداء، ومخالفة محظورة، بل يجب الضمان فيه مطلقا سواء أكان ناشئا عن اعتداء، أم لا، فإذا أتلف صغير لا يعقل أو مجنون مالا لزمهما الضمان فى مالهما، وإذا انقلب قائم على مال فأتلفه لزمه الضمان فى ماله، لا فرق فى ذلك بين ضرر نشأ عن فعل صدر تعديا عن قصد وعمد، وضرر صدر عن فعل من غير قصد التعدى كأن صدر نسيانا، أو صدر من فاعله على ظن أنه يحدثه فى ماله أو صدر خطأ منه على ظن أنه مال لمن أمره بذلك الفعل فإذا هو مال لغيره، أو صدر منه ناسيا، أو غافلا، بل قد يكون حدوث الضرر موجبا لتضمين من لم يصدر منه فعل أحدثه كالتلف يحدث فى مال تحت يد ضمان بفعل لا يد لصاحب اليد فيه؛ ذلك لأن الشريعة الإسلامية تجعل الضرر علة وسببا للتضمين فإذا وجدت العلة وجد المعلول. والإلزام فى ذلك إنما هو من خطاب الوضع لا من خطاب التكليف؛ ولذا لزم الضمان من لا إدراك له فى ماله وشغلت ذمته به دون أن تشغل ذمته بالأداء، وإنما يجب الأداء فى هذه الحال على من له ولاية على المال، وهذا إذ لم يسلط من لا تمييز له على المال، أما إذا سلط عليه من صاحبه فلا ضمان عليه. وعلى ذلك ذهبوا إلى أن من أعطى صغيرا مالا وديعة، أو قرضا أو إعارة فأتلفه لا ضمان عليه؛ لأن إعطاءه إياه يعد تسليطا له عليه فكان بمثابة الأمر له بالإتلاف وعند الأمر به ينتفى الضرر، وبانتفائه ينتفى سبب التعويض، وذلك هو رأى الحنفية والشافعية والحنابلة وجمهور المالكية.

ومن المالكية من ذهب إلى أن الصبى الذى لا يعقل لا ضمان عليه فيما أتلفه من نفس أو مال؛ لعدم تكليفه بتوجيه الخطاب إليه فكان كالعجماء، ومنهم من قال: إتلافه المال هدر، أما الدماء فالدية على العاقلة، ومنهم من قال: عليه الضمان فى ماله إذا أتلف مالا، والأرش على عاقلته إذا جنى على النفس، أو أطرافها وبلغت ثلث دية النفس.

وفى «التاج» للمواق: وإن كان الجانى صبيا لا يعقل فقيل أن ما أصابه هدر كالعجماء[1]، وفى الخرشى أن الفعل الضار إذا حدث من صغير أو مجنون ففى ضمانه على ما ذهب إليه ابن الحاجب ثلاثة أقوال، وفى تحديد سنه إذا كان صغيرا خلاف - والمذهب الضمان، وأن التمييز لا يحد بسن، وأنه يضمن إذا فهم الخطاب فإذا أعلم بشىء من مقاصد العقلاء فهمه[2]، وقد ضعف هذا القول وأفتى بالقول الأول لأن أساس الضمان هو الجبر لا الجزاء والعقوبة، وأريد بالجبر رفع الضرر، لعموم قوله ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار» ولا شك أن فى إتلاف من لا تميز له مالا لآخر إضرارا به يجب رفعه ولا سبيل إلى رفعه إلا بإحلال مال مكافئ له محله بدلا عنه.وليس ذلك إلا بأخذه من مال من تسبب فيه، حتى تكون تبعة فعله عليه لا على غيره؛ ولهذا لم يفرقوا فى هذا بين الخاطئ والعامد، والجاد واللاعب، والعاقل والمجنون، والبالغ والصبى، ويقولون لو رمى إنسان مال إنسان خطأ فأتلفه؛ بأن صوب إلى شاة على ظن أنها صيد أو صوب إلى غزال مباح فأصاب بقرة مملوكة؛ أو أكل مالا على ظن أنه ماله وجب عليه الضمان، لأنه جزاء فعل فيعتمد عصمة المحل، والخطأ لا ينافى عصمة المحل؛ ألا ترى أنه لو أتلف جماعة مال إنسان وجب عليهم الضمان بالاشتراك فيما بينهم كما لو كان المتلف واحدا، ولو كان الضمان جزاء فعل لوجب على كل منهم ضمان كامل كما فى الاعتداء على صيد الحرم[3].

مثل من الفعل الضار

يراد بالفعل الضار الموجب للضمان كل فعل ترتب عليه تلف مال، أو فقد منفعة من منافعه سواء أكان التلف هلاكا للمال كله كهلاك عين من الأعيان جميعها بحيث لا تبقى لها قيمة بعد تلفها كما فى إحراق ثوب، أم هلاكا لبعضه كما فى إتلاف جزء من عين كثوب أتلف بعضه، أم كان تعييبا ذهب بجميع منافعها أو بمعظمها، أو بما هو دون ذلك كما فى قطع ثوب على وضع لا يصلح معه لما كان يطلب منه أو يصلح لبعضه، أم كان تغييرا ذهب بكل منافعها، أو ببعضها كما فى تحويل القماش ورقا وطحن البر وخبز الدقيق، وفى حكم ذلك تغييب العين فى محل مجهول أو لا يتيسر الوصول إليه -

---

(١) القوانين الفقهية لابن جزى ص ٣١٩ والتاج ج ٥ ص ٢٧٤.

(٢) الخرشى ج ٦ ص ١٥١.

(٣) الدر المختار وابن عابدين ج ٥ ص ١٤٠ وفتح الوهاب شرح المنهج بهامش البحر ج ٢ ص ٢٩٠.

فكل فعل أدى إلى ذلك يعد فعلا ضارا غير أنه إذا تسبب عنه الضرر فكان السبب فيه، وأدى إليه مباشرة دون توسط فعل آخر بينه وبينه استوجب تضمين فاعله بلا خلاف بين أرباب المذاهب، وإن أدى إلى ذلك مع توسط فعل آخر بينه وبين الضرر وكان سببا فى حدوث الضرر بحيث كان طريقا إليه كان إيجابه لضمان فاعله محل خلاف بين الفقهاء مرده كما سيأتى إلى اختلافهم فى نسبة الضرر إليه، أو عدم نسبته إليه ونسبته إلى الفعل الفاصل على ما سيأتى بيانه. وهذا هو الضابط العام فى الفعل الضار الموجب للضمان باتفاق الفقهاء، أو على اختلاف بينهم فيه.

غير أنه قد يرى أن من الفروع ما يدل الحكم فيه على أنه لا يشترط فى الفعل الضار الموجب للتضمين أن يكون فى المحل المطلوب ضمانه؛ أى فى المال التالف، ففى «الشلبى» على تبيين الحقائق نقلا عن «فتاوى قاضيخان»: لو غصب عجلا فاستهلكه وتسبب عن ذلك يبس لبن أمه قال أبو بكر البلخى: يضمن قيمة العجل ونقصان الأم وأن لم يفعل فى الأم شيئا، ولكن جاء فى كثير من كتب الحنفية من حبس مالك حيوان عنه حتى هلك أو ضاع فلا ضمان عليه؛ إذ لا فعل له فى التالف ولم تكن له يد عليه، كما لو غصب دابة فتبعها ولدها فتلف بسبب ذلك فلا ضمان عليه لقيمة الولد لعدم فعله فيه، والفرع الأول يدل على عدم اشتراط اتصال الفعل الضار بالمال التالف، والفروع الأخرى تدل على هذا الاشتراط، وفى رأيى أن ذلك ظاهر المذهب خلافا لما رآه أبو بكر(١).

ويلاحظ أنه إذا ترتب على الفعل تلف المال جميعه أو ذهاب منافعه أو معظمها أو أهم ما يطلب لأجله منها ألزم من أحدثه بمثله إن كان مثليا(٢)، وبقيمته إن كان قيميا وفى حكم ذلك تغييب العين ـ وإذا ترتب عليه تلف بعض المال أو ذهاب بعض منافعه مع بقاء بعضها مما يطلب منه عادة، أو تعييبه تعييبا جزئيا ألزم من أحدثه بقيمة ما تلف أو نقص أو تعيب منه، وذلك عبارة عن الفرق بين قيمة المال قبل حدوث الضرر وقيمته بعد حدوثه ـ وعلى ذلك فالتضمين الواجب بالفعل الضار قد يكون بقيمة المال محل الضرر جميعها وقد يكون بمثله، وقد يكون ببعض القيمة، وهو فى المال المثلى بالمثل وفى القيمى بالقيمة.

---

(١) ج ٥ ص ٢٢٢.

(٢) المثلى ما تماثلت آحاده أو أجزاؤه تماثلا أدى إلى تقديره بالوزن أو بالكيل أو بالعدد وإلى عدم اختلاف قيم أجزائه وآحاده ووجد فى الأسواق، أى كان بحيث يتيسر الحصول عليه عند طلبه، ويشمل كل موزون ومكيل ومعدود تقاربت آحاده وتماثلت ـ والقيمى ماعدا ذلك من الأموال كالعقار والحيوان والأحجار الكريمة وغيرها.

ما فيه ضمان المال جميعه:

مما يوجب ضمان جميع المال استهلاك المال وإتلافه ويكون ذلك بإخراج المال عن أن يكون منتفعا به الانتفاع المطلوب منه عادة[١]، ومن ذلك التعييب الذى يؤدى إلى زوال جميع منافع المال أو معظمها مع زوال اسمه، وإنما يزول اسم المال عادة بزوال ما يطلب منه من منفعة أساسية كأن يلحق به تغيير يؤدى إلى ذلك أو انتقاص بفقد بعضه يؤدى إليه كما فى أخذ إحدى فردتى حذاء، أو إتلافها حيث لا يبقى للثانية الانتفاع المطلوب منها، وكذلك خلط المال بمال لمالك آخر ولو من جنسه إذا تعذر الفصل بين المالين، أو كان شاقا، أو بمال مملوك لمالك المال إذا كان من جنس آخر كخلط زيت زيتون بزيت سمسم؛ لأن الخلط يؤدى إلى عدم الانتفاع بالمال المخلوط إلا إذا كان بمال من جنسه وهما لمالك واحد فلا يمنع حينئذ من الانتفاع، ومن الموجب لضمان المال أيضا جحد الوديعة إذا كانت ثابتة فيضمنها كلها، فكل هذه الأفعال ونحوها مما يؤدى إلى ما ذكرنا من الضرر - يوجب ضمان فاعله إذا أدى إليه بطريق مباشر، وذلك عندما يتسبب عنه الضرر.

وسواء فى وجوب التضمين أن تحدث هذه الأسباب فى مال غير مملوك لمن أحدثها، أو فى مال مملوك له إذا ما تعلق به حق لغيره تأثر بالضرر المرتب عليها، فالراهن إذا أقدم على إتلاف الرهن عند المرتهن، أو على ما ينقص من قيمته لزمه ضمان الرهن أو نقصه؛ ليكون رهنا محل ما فقد حتى لا يضار المرتهن بنقص ما ارتهنه وثيقة لدينه. وعلى هذا الأساس أوجب الحنابلة ضمان الأضحية إذا أتلفها صاحبها، وذلك لما فى تلفها من الإضرار بحق الفقراء[٢] وقد قال ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار»، وذلك يستوجب مساءلة الإنسان عما يحدثه من الضرر لغيره وإلزامه برفعه، وذلك بالتعويض؛ ولذا كان التعويض حقا لمن أصابه الضرر لا يطالب به سواه، وله إسقاطه والمصالحة عليه، ويراعى فى تقديره مقدار الضرر المعوض عنه.

وبناء على ما ذكر تجب قيمة الحيوان بذبحه إذا كان مما لا يؤكل لتحقق الضرر، أما إذا كان مما يؤكل ورضى الملك بأخذ لحمه كان له ضمان النقصان، وإلا كان له قيمة الحيوان؛ لذهاب أهم الأغراض التى تطلب منه حال حياته.

---

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ١٦٥.

(٢) القواعد لابن رجب: ص ٣١٢.

ما فيه ضمان بعض المال:

أما إذا أدى فعل من هذه الأفعال إلى نقص منافع المال، أو نقص فى مادته، أو نقص فى صفاته، وترتب على ذلك نقص قيمته فإن من أحدث هذا الفعل يلزم بضمان ما نقص من القيمة؛ بسبب هذا الفعل وطريق معرفته هو تقويم المال الذى حدث فيه الفعل الضار قبل حدوثه، وتقويمه بعد حدوثه، وما يوجد من فرق بين القيمتين يلزم به من أحدث الفعل، فإذا لم يوجد فرق بين القيمتين كان الضرر غير معتبر، وكذلك إذا كان الفرق تافها لا يأبه له الناس عادة إذ جرت عادة الناس بالتسامح فيه.

هذا، وقد يكون من أثر التغيير فى المال زوال منافعه أو بعضها وحدوث منافع أخرى ترفع من قيمته وقد تزيد قيمته بسبب ذلك عما كان له من قيمة قبل التغيير، ومثل هذا لا يعد ضررا عادة بصاحب المال، ولا يترتب عليه بناء على ذلك إلزام بتعويض منوط دائما بإحداث الضرر المؤدى إلى نقص القيمة.

في المباشرة والتسبب

تبين مما سبق ذكره أن مناط وجوب التضمين هو تحقق الضرر المالى بالضرورة؛ نتيجة لتلف ماله أو نقصه أو نقص قيمته أو بعضه أو لزوال الانتفاع الذى كان يطلب منه عادة على وجه تنقص به قيمته. وهذا الضرر قد يحدث عادة نتيجة مباشرة لما باشره المعتدى من فعل دون أن يتوسط بينهما فعل آخر، يتسبب عنه الضرر، وهذا ما يسمى بالضرر المباشر، ولا خلاف بين الفقهاء فى تضمين محدثه. وقد يتوسط بينهما فعل آخر يتسبب عنه الضرر، وهو ما يعرف بالضرر بطريق التسبب، وفى هذه الحالة اختلفت أنظار الفقهاء فيمن يلزم بالتضمين من فاعل الفعلين. وقد قيل فى بيانهما من حيث التفرقة بينهما: إن الضرر المباشر هو ما كان نتيجة لاتصال آلة التلف بمحله، والضرر المسبب هو ما كان بفعل فى محل أفضى إليه فعل آخر فى محل آخر مع احتمال تخلف الفعل الثانى عنه، فإن لم يكن التخلف محتملا عند الضرر حينئذ مباشرا وكان الفعلان بمثابة فعل واحد، وقد قيل أيضا فى بيان الضرر المسبب بأنه ما أدى إليه فعل بواسطة فعل آخر متوسط بينهما ترتب عليه مباشرة، فإذا قطع شخص حبل قنديل معلق فانكسر بسقوطه على الأرض فإن تلف الحبل يعد ضررا مباشرا، لقطعه وانكسار القنديل يعد ضررا حدث تسببا عن قطع الحبل.

فإذا كان الضرر نتيجة مباشرة لفعل ألزم من أحدثه الضمان اتفاقا؛ سواء كان من أحدثه معتديا فيه، أو غير معتد، وذلك محل اتفاق فيضمن المجنون فى ماله ما أتلفه

بفعله، وكذلك الصبى الذى لا يميز والنائم إذا انقلب على مال فأتلفه، وذلك لعموم قوله ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار» ويعد هذا الإلزام فى أموالهم من قبيل خطاب الوضع القاضى بترتيب المسبب على سببه كما قدمنا؛ إذ ليسوا فى فعلهم هذا أهلا للتكليف ومناط التضمين هو تحقق الضرر فكل من أحدث ضررا ماليا بغيره لزمه الضمان سواء أكان فى إحداثه معتديا أم غير معتد.

وإذا كان الضرر قد نشأ بطريق التسبب فلا ضمان على من أحدث الفعل المتسبب، وهو الفعل الأول الذى لم يترتب عليه الضرر مباشرة إذا لم يكن متعديا فيه اتفاقا[1]، فمن حفر بئرا فى ملكه فوقعت فيه دابة إنسان فتلفت أو أسقطها شخص آخر فتلفت فلا ضمان عليه؛ لأنه لم يكن متعديا بحفره، وعلى المسقط الضمان فى الصورة الثانية لمباشرته الإضرار، وكذلك إذا علق خادم مسجد قنديلا فيه فسقط على مال لآخر فأتلفه، أو وضع إنسان فوق سطح منزله متاعا فهبت ريح شديدة فألقته فى الطريق فتلف به حيوان فلا ضمان، لعدم التعدى فى تعليق القنديل ووضع المتاع فوق السطح.

وأما إذا كان محدث الفعل الأول متعديا فيه بأن لم يكن له حق فعله فإنه يضمن إذا لم يكن الفعل الفاصل بينه وبين الضرر مانعا من نسبة ذلك الضرر إليه، ولا يضمن إذا منع من نسبته إليه، فمن حفر حفرة فى طريق فسقط فيها حيوان فتلف أو ألقت الريح فيها حيوانا فتلف ضمن قيمة هذا الحيوان لتعديه بالحفر وتسببه فى الإتلاف، وعدم امتناع نسبته إليه حينئذ بسقوط الحيوان بفعله أو بفعل الريح.

أما لو عمد إنسان إلى حيون أو متاع فأسقطه فى تلك الحفرة فتلف لم يضمن الحافر، وضمن المسقط؛ وذلك لحدوث ما يمنع نسبة الإتلاف إلى الحافر حينئذ وهو إسقاط المسقط؛ إذ إنه بمباشرته الإسقاط أحدث فعلا تمتنع به نسبة الضرر إلى حافر الحفرة وينسب إلى المسقط.

والمتفق عليه بين فقهاء المذاهب أن المباشر ضامن وإن لم يتعد[2]، والمتسبب لا يضمن إلا إذا كان متعديا.

---

(١) ذلك ما يدعو إلى النظر فيما إذا كان المسبب صبيا أو مجنونا فهل ينظر إلى أهليته فلا يعد الفعل الذى يصدر منه اعتداء مسببا لعدم تصور التعدى منه؛فلا ضمان عليه حينئذ أو ينظر إلى نفس الفعل وكونه محظورا ليعد اعتداء ويكون عليه الضمان. ذلك ما لم أره ويظهر من إطلاقهم فى فاعل الفعل الأول اعتبار النظر الثاني والإلزام بالضمان محافظة على الأموال.

(٢) مجمع الضمانات: ١٤٦.

وإذا اجتمع المباشر والمتسبب فإن الضمـان على المباشر إلا فى مسائل سنشير إليها فيمـا يأتى، فلو حفر شخص بـئرا فى ملكه فتردى فـيها حيوان فـتلف لم يضمن؛ لأن التلف حـدث بطريق التسـبب بالنظر إلى حـفر البـئر لتـوسط التردى بينه وبين الـضرر فحافرها لم يكن مـتعديا فى حفرها؛ لأنها فى ملكه فلهـذا لم يضمن ولكن لو حفرها فى غير ملكه كأن حفرها فى طريق عام مثلا فتردى فيها حيوان فتلف ضمن قيمته؛ لأنه كان متعديا فى حفرها وإن كان الضرر قد حدث بطريق التسبب.

ولو أشرع من بيته جناحا إلى الطريق ثم باع البـيت فأصاب الجناح مالا فتلف أو وضع خشبة فى الطريق ثم باعها فتركها المشترى حتى عثرت بها دابة فماتت فإن الضمان فى الحالتين يكون على البـائع؛ لأن التلف كان بفعله تسببا، وهو متعد فـيه ولم ينسخ فعله بزوال ملكه؛ إذ إن حادث البيع لا يمنع من نسبة التلف إليه عادة.

ولو فتح باب حانوت فتركه مفتوحا فسرق اللصوص ما به لم يضمن للفصل بين الفتح والتلف بما يمنع نسبته إلى الفتح وهو سـرقة اللصوص؛ لأنها حدثت بإرادتهم وقد كان لهم ألا يقدموا عليـها فلم يكن الفتح مؤديا حتما إلى فقـد ما فى البيت، فانقطعت بذلك نسبة الفقـد إلى الفتح، لتعلقه بإرادة اللصوص، وهو قول للشـافعى خلافا لمالك وأحمد، إذ يريان عدم انقطاع النسبة بذلك لجريان عادة اللصـوص بسرقة البيوت المفتحة الأبواب؛ وذلك ما يضعف احتمال عدم السرقة فـيضمن الفاتح لتسببه وله الرجوع على من سرق.

ولو وضع فى الطريق جمرا فاحترق به شىء ضمنه، ولكن لو حركت الريح هذا الجمر من مكان إلى مـكان آخر من الطريق فاحترق به شىء لم يـضمن؛ لأنه فصل بين فعله وبين التلف ما يمنع نسبته إلى فعـله، وهو انتقال الجمر بفعل الريح إلى مكان آخر؛ إذ إن وجوده فى هذا المكان بفـعل الريح كان سببا فـى التلف مانعا من نسبـته إلى فعل واضعه، وهو وضعه فى المكان الأول، وذلك لانفساخه بفعل الريح.

وكذلك الحكم فى كل شىء وضع فى الطريق فـتغير بوضعـه فتلف به مال؛ لأنه لم يعد تلفه أثرا للفـعل الأول، وهو وضعه فى المكان الأول، لاعتراض فـعل آخر عليه فـصل بينه وبين التلف كـان هو السبب فـيـه، وهو انتقـاله إلى المكان الثـانى، وبذلك انقطعت نسبته إلى الفعل الأول. ولكن لو أن الريح حملت شرر هذا الجمر إلى ما تلف

به من المال ضمن عند بعض الفقهاء؛ لبقاء عين الجمرة فى مكانها ولم ينسخه فعل الريح فبقيت نسبة التلف إليه؛ إذ لم يفصل بينه وبين التلف ما يمنع هذه النسبة عادة.

وقيل: إذا كان اليوم يوم ريح ضمن فى الحالين. حال انتقال الجمر إلى مكان آخر وحال انتقال شرره؛ إذ لا يمنع فعل الريح فيهما نسبة التلف إلى وضع الجمرة ابتداء فى الطريق لأنه حدث فى يوم يهب فيه الريح؛ وذلك ما يجعل واضعه عالما بالعاقبة التى أفضى إليها فعله على وجه لا تخلف فيه عادة، ومن أجل ذلك كان علمه بعاقبة وضعه وإقدامه عليه مع ذلك غير مانع عادة من نسبة التلف إلى فعله فيضمن، إذ يعد التلف فى هذه الحال كالمباشر، ونظيره دابة جالت فى مربطها فأتلفت مالا مجاورا[1].

وإذا عهد ولى الأمر إلى إنسان بإصلاح طريق فباشر ذلك واقتضى عمله وضع أتربة ومواد لإصلاحه فعطبت بسبب ذلك دابة فلا ضمان لعدم التعدى فى وضعه، وكذلك إذا صب الماء فى الطريق لأجل هذا الإصلاح بخلاف ما إذا صبه لغير ذلك؛ إذ يضمن فى هذه الحال لتعديه بالصب، وهذا إذا كان الماء كثيرا لم تجر به العادة، أما إذا لم يتجاوز فى رش الطريق بالماء العادة لم يضمن لعدم تعديه، وكذلك لم يضمن إذا ما تعمد المار فى الطريق المرور بماله فى موضع رش الماء فزلق فتلف ماله ولم يكن مضطرا إلى المرور فيه؛ لأن مروره متعمدا من هذا المكان يمنع نسبة التلف إلى رش الماء عادة.

ولو وقع حيوان فى بئر حفرت فى الطريق العام فمات فيه جوعا أو عطشا فلا ضمان على الحافر عند أبى حنيفة، لأنه مات لمعنى فى نفسه، والضمان إنما يجب إذا مات بالوقوع، فنسب التلف إليه، وذهب أبو يوسف ومحمد إلى تضمينه؛ لأن ذلك حصل له بسبب الوقوع فالتحق به فلم تزل نسبة التلف إليه.

ولو حمل شيئا فسار به فى الطريق فسقط على متاع فأتلفه ضمن؛ لأن حمل المتاع فى الطريق وإن كان مباحا لكنه مقيد بشرط السلامة كالرمى إلى الهدف فاعتبر معتديا لذلك ـ وهذا ما يدل على وجوب مراعاة جانب الحذر وعدم التقصير، إذ إن اشتراط السلامة فى مثل هذه الأحوال لا يراد بها إلا إيجاب الحذر فيها وتجنب التقصير ما أمكن حتى لا يؤدى ذلك إلى الإضرار بالناس.

---

(١) راجع تبيين الحقائق ج ٦ ص ١٤٣، ١٤٤، ١٤٥.

ولو فتح شخص باب قفص فطار منه الطير وضاع لم يكن عليه ضمان فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف، وذهب محمد إلى أنه يضمن، وهو مذهب المالكية والحنابلة، وذهب الشافعى إلى أنه يضمن إذا خرج الطير من القفص طائرا فور فتحه وإلا لم يضمن.

وجه قول محمد ومالك وأحمد أن الفتح وقع إتلافا للطير بطريق التسبب فى خروجه وطيرانه المؤديين إلى ضياعه، ولم يكن ما حدث من الطير مانعا من نسبة التلف إلى الفتح؛ لأن الطيران طبع له عادة، فإذا وجد مخرجا بعد حبسه طار دون تخلف عادة؛ فكان الفتح إتلافا له وهو متعد فيه، وكان المحدث له كالمباشر للتلف فوجب لذلك الضمان، ومثله إذا شق شخص زقا لآخر فيه زيت مائع فسال فتلف، وبهذا يوجه قول الشافعى إلا أنه يرى أن الطير إذا لم يطر فور فتح القفص بل مكث مدة ثم طار لم يكن طيرانه مضافا إلى الفتح بل إلى الطير فلا يكون الفاتح متلفا، ولا يجب عليه لذلك الضمان.

ووجه قول أبى حنيفة وأبى يوسف أن فتح القفص ليس إتلافا بطريق المباشرة ولا بطريق التسبب؛ أما أنه ليس بطريق المباشرة فللفصل بينه وبين ضياع الطير بخروج الطير وطيرانه، وأما أنه لم يكن إتلافا بطريق التسبب فإن ضياعه كان نتيجة لخروجه من القفص وطيرانه؛ وقد حدث ذلك منه بناء على اختياره - وقد كان له ألا يخرج وألا يطير وأن يرجع إذا طار فكان ضياعه مضافا إلى فعله واختياره وذلك ما يمنع من إضافة التلف إلى الفتح فلا يترتب عليه ضمان.

ومثله ما إذا حل قيد عبد خيف إباقه فإنه لا يضمن لأن إباقه باختياره، وليس كذلك شق الزق وسيلان الزيت؛ إذ إن سيلانه طبيعة له لا تتخلف عند ارتفاع المانع فكان الشق فى حكم السبب المباشر لعدم الفاصل بينه وبين تلف الزيت بسيلانه على وضع يمنع نسبة التلف إليه، وهذا بخلاف ما إذ كان ما بالزق سمنا جامدا فأذابته حرارة الشمس بعد شقه فسال فتلف؛ إذ لا ضمان على الشاق فى هذه الحال، إذ لم يكن السيلان طبعا له فى حال الشق وإنما وجد بعد ذلك بفعل الحرارة فكان هو سبب التلف وامتنعت نسبته وإضافته إلى الشق لذلك. وخالف المالكية والحنابلة والشافعية فذهبوا إلى تضمينه لعدم انقطاع نسبة التلف إلى الشق عادة فى هذه الحال، وإذا كان سيلان ما فى الزق بعد قطعه نتيجة لإقدام شخص آخر على إمالة الزق فالضمان على من أماله لنسبة التلف إليه، وانقطاع نسبته إلى الشق بسبب ذلك.

وإذا وضع شخص السم فى طعام معد لأكل حيوان فقدمه إليه صاحبه جاهلا أو أكله الحيوان فمات ضمن واضعه اتفاقا، وإذا وضع السم فى طعام فقدمه آخر إلى حيوان وهو جاهل فأكله ضمن واضعه عند مالك وأحمد.

وإذا ساق دابة فوقع سرجها أو ما تحمله على مال فأتلفه ضمن السائق؛ لتعديه فى هذا بالتقصير فى الشد والإحكام[1].

وإذا قطع وثيقة دين فمزقها أو أحرقها فضاع الدين بإنكار المدين إياه ولا بينة ضمن الدين عند مالك وأحمد خلافا للحنفية والشافعية؛ إذ ذهبوا إلى أن ضياعه إنما كان بإنكار المدين، وذلك ما يمنع نسبة التلف وإضافته إلى إحراق الوثيقة - ومما يجب ملاحظته أن التلف إذا حدث وقد أفضى إليه فعلان، فإن أدى إليه الفعل الأول دون تخلف كان الضمان على من أحدث الفعلين؛ وذلك لارتفاع مستوى الفعل المسبب حينئذ إلى مستوى المباشرة وصيرورتهما كفعل واحد لتلازمهما؛ كمن عمد إلى حفر حفرة فى طريق لحيوان عرف مسيره فيه؛ قصدا إلى إتلافه فأرداه فيه إنسان مع ذلك فإن الضمان على الحافر والمردى بالاشتراك، وإن لم يكن الحافر قد قصد إلى ذلك بحفره فالضمان على المردى وحده؛ لامتناع إضافة التلف حينئذ إلى الحافر بفعل المردى وهو مكلف عاقل، وكذلك الحكم فى جميع الأحوال التى يكون فيها الفعل الثانى قد صدر من إنسان له اختيار فترتب عليه التلف؛ إذ ينسب التلف إليه حين ذلك وتنقطع نسبته إلى الأول، وذلك لوجود اعتداء ممن قصد إليه وباشره وترتبت عليه نتيجته التى أرادها منه دون مشاركة من صاحب الفعل الاول - وذلك فيما يظهر محل اتفاق بين الشافعية والحنفية خلافا للمالكية والحنابلة، فقد نصوا على تضمين من أعطى العبد المقيد مبردا فقطع به قيده وهرب فى حين أن ذلك فعل مختار، وعلى تضمين من فتح باب الحانوت وتركه مفتوحا حتى سرق اللصوص ما فيه، فى حين أن الفعل الثانى قد صدر كذلك من مختار، وعلى تضمين من قطع وثيقة دين أو أحرقها فضاع الدين بإنكار المدين مع أن الإنكار قد صدر من مختار، وعلى تضمين من دل اللص على مال لإنسان فسرقه، وعلى تضمين من وشى بإنسان لدى حاكم ظالم بما حمله على أخذ ماله. فتلك فروع تدل على مخالفتهم فى هذا الضابط، وأنهم يقدرون لكل من الفعلين ظروفه وصلته بالتلف الحادث.

---

(١) مجمع الأنهر ج ٢ ص ٦٣٣.

أما إذا كان الفعل الثاني قد صدر على خلاف ذلك بأن صدر من الحيوان، أو من فعل الطبيعة، أو بأمر سماوى أو ممن أكره عليه بإكراه يلجئ زال معه اختياره فإنه لا يقطع إضافة التلف إلى الفعل الأول، ولذا يضمن فاعله كما في سيلان الزيت من الزق بعد شقه وسيلانه بفعل حرارة الشمس عند المالكية والحنابلة والشافعية خلافا لأبى حنيفة وأبي يوسف ـ وكما فى سيلان الزيت من الزق بعد شقه بسبب سقوط الزق بفعل الريح بخلاف ما إذا كان ذلك بفعل إنسان.

والخلاصة أن الضمان يجب على من أحدث التلف إلا إذا منع من إضافة التلف إليه ترتب التلف مباشرة على فعل شخص آخر أحدثه فصل بينه وبين فعل الأول فنسب التلف إليه على وضع انقطعت به نسبته إلى الفعل الأول، وذلك ما تختلف فيه أنظار الفقهاء اختلافا أدى إلى اختلافهم فيمن يلزم بالضمان أهو محدث الفعل الأول؛ لإضافة التلف إليه واعتباره مباشرا للتلف، أو هو محدث الفعل الثانى؛ لامتناع إضافة التلف إلى الفعل الأول؛ نتيجة لفعله واعتباره بسبب ذلك مباشرا. ومن ذلك ما إذا أغرى إنسان ظالما على أخذ مال لآخر ودله على مكانه، فقد ذهب أحمد إلى تضمين المغرى مع أنه متسبب، والظالم مباشر، وكذلك من كذب لدى حاكم كذبا أدى إلى أخذ مال إنسان كان ضمانه عليه لكذبه وإغرائه. لعدم انقطاع نسبة التلف إلى المتسبب حينئذ فى رأيه[1].

ومن صور الإتلاف تسببا حدوثه نتيجة لترك فعل لو أنه حدث ما كان إتلاف كما إذا شاهد شخص مالا معرضا لتلف يحيق به وفى استطاعته إنقاذه فتركه حتى تلف، وفى هذه الصور اتفقت كلمة الفقهاء على عدم التضمين إذا لم يكن هذا الترك تركا لواجب عليه شرعا، كما إذا رأى نارا تلتهم مالا على مشهد من صاحبه القادر على إنقاذه وفى استطاعته إطفاؤها وإنقاذ المال من الاحتراق بها؛ إذ إن وجوب ذلك حينئذ على صاحب المال لقدرته لا على غيره. ولكن إذا ما تعرض مال للتلف أو الهلاك على غير مشهد من صاحبه القادر على إنقاذه وشاهد ذلك من فى استطاعته أن يدفع عنه هذا التلف فلم يفعل حتى تلف المال ففى ذلك اختلف النظر، فالمالكية يضمنونه والحنفية لا يضمنونه.

وجه القول الأول أن صون مال المسلم واجب على القادر عليه ـ ومن ترك واجبا ترتب عليه تلف مباشر ضمن، كمن مر على لقطة فتركها ولم يلتقطها وهو عالم أنها معرضة للتلف، أو الأخذ ممن يجحدها ثم تلفت بسبب ذلك.

---

(١) كشاف القناع ج ٢ ص ٣٦١.

ووجه قول الحنفية أن مناط التضمين هو الإتلاف، وذلك إنما يتحقق بإحداث ما يترتب عليه التلف، ولا يكون ذلك إلا بفعل وجودى، أما العدم فلا يصلح متلفا، وإنما يحدث التلف عنده بفعل آخر فلا يترتب على العدم لذلك ضمان[1].

وجملة القول أن المباشر ضامن وإن لم يتعد بفعله، والمتسبب لا يضمن إلا إذا كان متعديا بفعله وذلك محل اتفاق بين المذاهب.

ومبنى هذه التفرقة فيما يظهر أنه عند المباشرة تظهر بجلاء سببية الفعل للضرر دون نظر إلى فاعله وقصده فوجب بما يرفع هذا الضرر؛ لانتسابه إليه وإحداثه إياه، أما عند التسبب فلا يكون لسببية الفعل هذا الظهور؛ لوجود فعل آخر مفض إلى الضرر فاصل بينه وبين الضرر مع تراخ للضرر عن الفعل المسبب، فإذا انتفت نسبته إليه خفيت سببيته وضعفت وعند ذلك لا يصلح أساسا لإلزام صاحبه بالضمان، وإذا نسب الضرر إليه عادة وكان غير محظور شرعا لم يصلح سببا موجبا للضمان مع ثبوت حقه فى فعله فوجب لذلك أن يكون محظورا حتى يكون التضمين من موجبات حظره، وتبعاته دفعا للإضرار به.

وكذلك اتفقت المذاهب على أنه عند اجتماع المباشر للضرر والمتسبب فيه يتعلق الضمان بالمباشر دون المتسبب، وقد قيدت هذه القاعدة عند الحنفية بما ذكره الزيلعى فى التبيين، وهو أن المتسبب إنما لا يضمن مع المباشر إذا كان المسبب شيئا لا يعمل بانفراده فى الإتلاف، أما إذا كان الإتلاف نتيجة لاجتماعهما فترتب عليهما كان الضمان عليهما جميعا، وذلك كما فى الراكب للدابة والسائق إذا أتلفت مالا فى سيرها، إذ يكون الضمان عليهما وإن كان الراكب مباشرا للإتلاف والسائق متسببا فيه[2]. كما قيدها المالكية بألا يكون المسبب قد قصد إلى إتلاف مال معين بفعله، أما إذا كان قد قصد بفعله ذلك فتلف المال كان الضمان عليهما جميعا، كما نص على ذلك فى الشرح الكبير للدردير فى أول كتاب الغصب.

ويبدو أن ذلك ما أراده الحنفية حين قيدوها بألا يرتفع المسبب إلى مستوى المباشر وإن كان ما ذكره الحنفية أعم مما ذكره المالكية كما يتضح من الفروع الآتية:

---

(١) راجع الزيلعى ج ٦ ص ١٤٣ وما بعدها، والبدائع ج ٧ ص ١٦٤ وما بعدها، وقواعد الأحكام ج ٢ ص ١٤٦، نهاية المحتاج ج ٥ ص ١٥١ وما بعدها، وكشاف القناع ج ٢ ص ٣٦٤ وما بعدها، وبداية المجتهد ج ٢ ص ٢٦٢ وما بعدها، والفروق للقرافى ج ٢ ص ٢٠٥ وما بعدها.

(٢) الزيلعى ج ٦ ص ١٥٠.

وهى إذا حفر إنسان حفرة فى طريق لحيوان عرف أنه سيمر فيه، وذلك بقصد إتلافه فأرداه فيه إنسان مع ذلك فإن الضمان يكون عليهما جميعا كما سبق، وكذلك تضمين السائق والراكب لما وطئته الدابة فأتلفته؛ ومثل ذلك ما إذا أمر راكب غيره بنخس الدابة فنخسها فأسرعت، ووطئت متاعا فأتلفته أو ضربت بيد أو ذنبها، فالضمان عليهما، وكذلك الحكم فيمن أمسك شخصا لظالم ليأخذ منه ما معه من النقود بعد فراره فالضمان عليهما عند محمد خلافا لأبى حنيفة (١).

وقيدت كذلك بألا يكون حدوث الفعل الثاني لازما لحدوث الفعل الأول على وجه اللزوم وإلا كان كفعل واحد فيكون الضمان على فاعليهما، ذكر ذلك الحنفية.

وقد ذهب المالكية إلى أنه فى الحالات التى يكون فيها الضمان عليهما ـ كما فى الإتلاف المكره عليه، ومن أخذ مالا لآخر لإتلافه ـ يبدأ فى التضمين بالمباشر، فإذا أعدم ضمن المتسبب، ومن غرم منهما شيئا لم يرجع على الثاني به لتعديهما جميعا. واستثنى من ذلك ما إذا أكره إنسان على إحضار مال لآخر فأخذه فإن ضمانه عليهما سواء، ومن غرم شيئا رجع بنصفه على صاحبه.

وجاء فى القواعد لابن رجب الحنبلى: أن هذا الأصل مقيد بألا تكون المباشرة مبنية على السبب وناشئة عنه، أى بألا يكون الفعل المؤدى إلى التلف مباشرة مبنيا على الفعل المتسبب وناشئا عنه سواء أكان الفعل المتسبب ملجئا إلى الفعل المباشر أم لا.

غير أنه إذا كان الفعل المباشر فى هذه الحال لا عدوان فيه بالكلية استقل المتسبب وحده بالضمان، وإن كان فيه عدوان اشترك المتسبب والمباشر فى الضمان، ذلك ما ذهب إليه الحنابلة، ونتيجة هذا أن الأحوال ثلاثة:

الحال الأولى: اجتماع المباشرة والتسبب ولم تكن المباشرة ملجئة إلى التسبب، وفى هذه الحال يتعلق الضمان بالمباشر، كما فى حفر بئر فى الطرق فتلقى فيه بفعل إنسان دابة فتتلف فإن ضمانها على من ألقاها وحده، وهو المباشرة، وهذا محل اتفاق بين المذاهب.

الحال الثانية: اجتماعهما والمباشرة ملجئة إلى التسبب وليس فيها عدوان، وذلك كما فى :حكم القاضى بمال لآخر ذهب به، وذلك بناء على شهادة شهود ثم رجع الشهود، فالضمان على الشهود دون القاضى، وإن كان مباشرا للإتلاف إذ ليس فى عمله عدوان ولذا كان الضمان على المتسبب لإلجائه إلى المباشرة.

---

(١) مجمع الضمانات ص ١٧٧، والشرح الكبير للدردير ج ٣ ص ٣٤٤٥ ص و ج ٤ ص ٢٤٤ وما بعدها.

ومن ذلك ما لو نخس رجل دابة يركبها آخر فنفحت أو ضربت بيدها فأتلفت متاعا فإن الضمان على الناخس وهو المسبب لا على الراكب وإن كان مباشرا لركوبه - ومثل ذلك فى الحكم ما لو دفع شخص إلى صبى سكينا فوقعت منه فأتلفت مالا فإن ضمانه يكون على الدافع، لانتفاء نسبة الضرر إلى الصبى، ومثله أيضا ما لو وضع شخص حجرا فى الطريق العام فعثر به إنسان فسقط على متاع فأتلفه فإن الضمان يكون على واضع الحجر؛ لأنه بمنزله الدافع لمن عثر وذلك أيضا محل اتفاق.

الحال الثالثة: اجتماعهما والمباشرة ملجئة إلى التسبب ولكنها عدوان كما إذا أكره إنسان آخر على إتلاف مال لثالث، فالمكرِه (بكسر الراء) مسبب والمكرَه (بفتح الراء) مباشر، وفى المباشرة عدوان هو الإكراه وفى هذه الحال اختلفت آراء الحنابلة، فكان لهم فيها ثلاثة أقوال:

الأول: أن الضمان على المكرِه (بكسر الراء) وحده، وهو مذهب الحنفية، ولكن لصاحب المال عندهم أن يطالب المكرَه (بفتح الراء) على أن يكون له الرجوع على ما أكرهه وعليه يستقر الضمان.

الثانى: أن الضمان عليهما جميعا؛ لاشتراكهما فى الإثم والعدوان وهذا مبنى على أن الإكراه لا يبيح إتلاف مال الغير.

الثالث: أن الضمان على المكرَه (بفتح الراء)؛ لأنه المتلف المباشر.

ومن صور هذه الحال الثالثة وضع حجر على حافة بئر حفر فى الطريق، فتعثرت فيه دابة فوقعت فى البئر فتلفت - قيل الضمان على واضع الحجر؛ لأنه فى حكم الدافع للدابة فى البئر، وقيل عليهما كالذى أحضر مالا لمن أتلفه وكالممسك للصائل - والوديع لو دل لصا على الوديعة فسرقها كان الضمان عليهما عند الحنابلة. وقد سبق أن ذكرنا ما ذهب إليه الحنفية من أن الفعل المتسبب إذا كان مؤديا إلى الفعل المباشر على وجه اللزوم كانا فى حكم فعل واحد، وكان الضمان على المتسبب والمباشر جميعا - وكذلك لو ارتفع التسبب إلى مستوى المباشرة. ويظهر لى أن هذا محل اتفاق.

وقد ذكر الحنابلة أن الضرر إذا كان مباشرا وحدث فور الفعل المباشر أضيف إليه وضمن محدثه. ولكن إذا فصل بينه وبين الفعل الأول السبب له فعل آخر كان الضرر مباشرا له - فإن كان حدوث ذلك الفعل أمرا محققا لازما لحدوث الفعل الأول لم يمنع من نسبة الضرر إلى الفعل الأول لزم صاحبه الضمان وإلا فإن كان حدوثه غير محقق ولكنه يمنع من الإضافة عرفا لم يضمن محدث الفعل الأول وضمن الثانى، وإن لم يمنع من الإضافة على محدث الفعل الأول. كما ذكروا أن كل من أزال مانعا من التلف

فحدث التلف ضمن من أزاله؛ ولذا يذهبون إلى تضمين من فتح باب حانوت وتركه مفتوحا فسرق اللصوص ما به، لا من أعطى مفتاحه للصوص. إذ لم يعد ذلك من قبيل إزالة المانع فى نظرهم، ويظهر لى أن محل ذلك عند الجهل بأن المدفوع إليه سارق، ولم يضمنوا من حبس مالك الدواب عنها حتى ضاعت أو ماتت جوعا، ولكن ضمنوا من حال بين عامل وعمله حتى فسد العمل كالطباخ يحبس عن مراقبة الطعام حتى يفسد، وضمنوا من ضرب يد إنسان فسقط ما بها وتلف. وجملة القول أن هذه الأحكام أحكام اجتهادية أساسها النظر وهو يختلف باختلاف الناظرين، فاختلفت لذلك الأحكام.

إتلاف المال بأمر الغير

ليس لإنسان أن يقدم على إتلاف مال لغيره، فإن أكره على ذلك بما لا يعد ملجئا لم يغير ذلك من حكمه فيضمنه المتلف فى هذه الحال لمباشرته، ولكن إذا كان الإكراه ملجئا، فإن المكرَه (بفتح الراء) يعد فى هذه الحال إذا أقدم على الإتلاف كالآلة فى يد المكرِه (بكسر الراء)، وعلى ذلك يكون الإتلاف منسوبا إليه، ويكون الضمان عليه وحده حتى أنه ليضمنه كذلك إذا كان المال المتلف ملكا لمن أتلفه، وهذا ما ذهب إليه الحنفية والمالكية، غير أنهم جعلوا لمالك المال الخيار فى تضمين المكرَه والمكرِه، أما المكرَه فلمباشرته الإتلاف ،وأما المكرِه (بكسر الراء) فلإضافة الإتلاف إليه واعتباره المكرَه آلة فى يده، وفى هذه الحال يستقر الضمان على المكره (بكسر الراء) فإذا ضمن المكرَه (بفتح الراء) رجع بما غرم على من أكرهه، وإذا ضمن من أكرهه لم يرجع على المكره (بفتح الراء) بشيء، وهذا ما ذهب إليه الحنابلة، غير أنهم لا يضمنون المكرَه (بفتح الراء) ابتداء.

أما إذا حمل على الإتلاف بالأمر فإن كان الأمر من مالك المال المطلوب إتلافه فلا ضمان على المتلف لتسليطه من مالك المال وانتفاء الضرر بذلك التسليط وهذا لحصول رضاه به. أما إذ كان المال لغير الآمر، وأقدم المأمور على إتلافه فالضمان على المتلف لا الآمر؛ لأنه أمر بما هو معصية ولا طاعة فى معصية، والقاعدة أن كل موضع لا يصح الأمر فيه لا ضمان على الآمر لعدم وجوب طاعته. وهذا كما هو بين إذا كان الأمر لا يعد من قبيل الإكراه الملجئ وإلا كان الحكم عندئذ هو الحكم فى الإكراه الملجئ كأن يكون الآمر سلطانا أو حاكما ظالما يعرف بأنه يعاقب مخالفه بما يصل إلى درجة الإكراه. وقد يحدث أن يكون إقدام الشخص على إتلاف مال نتيجة صدور أمر له بإتلافه ظنه واجب الطاعة عليه، وفى هذه الحال إذا كان المال لغيره ضمن لمباشرته الإتلاف وله الرجوع على الآمر بما غرم بسبب غروره، وذلك إنما يكون إذا كان الآمر فى مركز يجعل

أمره أمرا واجب الطاعة، كما هو الحال فى ولى الأمر فيما له الأمر فيه، وكما فى الوالدين بالنسبة للصبى، وقد نص الفقهاء على أن أمر الآمر بما يملك مباشرته يجعل المأمور به وكيلا فيه عن الآمر فيكون فعله كفعل الآمر، كما نصوا على أن أمر الصبى الذى لا يميز بإتلاف مال لشخص يجعله بمنزلة الآلة فى يد الآمر إذا أقدم الصبى على إتلافه، وفى جامع الفصولين: لو أمر صبيا بإتلاف مال رجل فأتلفه ضمن الصبى لمباشرته ثم يرجع وليه على الآمر، وفى مجمع الضمانات: لو أمر صبيا بإحضار نار فجاء بها، وسقطت منه على متاع فأحرقته ضمن الصبى ثم رجع على الآمر وضمان الصبى لمباشرته وضمان الآمر لغروره.

وفى الأشباه والنظائر للسيوطى ـ إذا أفتاه مفت هو من أهل الفتوى بإتلاف مال ثم تبين خطؤه بعد الإتلاف ضمن المفتى لغروره.

فى تعدد الأسباب بتعدد الفاعلين

وإذا تعددت أسباب التلف بتعدد من أحدثها، وكانوا جميعا مباشرين أو متسببين، ولم تختلف أفعالهم قوة وضعفا فى إحداث الضرر أو لم يتبين اختلافها فى إحداثه لزمهم الضمان على التساوى كجماعة اشتركوا فى حمل حجر ثم ألقوه على إناء فكسروه، أو على حيوان فنفق، أو اشتركوا فى حفر بئر فى الطريق دون أن يتبين ما حفره كل منهم فوقع فيه حيوان فنفق؛ لأن الضرر حينئذ قد تسبب عن فعل ضار اشتركوا فيه جميعا فوجب اشتراكهم فى تبعته كما لو اشترك جماعة فى قتل شخص، إذ يقتلون فيه جميعا، لقول عمر: لو اشترك فى قتله أهل صنعاء لقتلتهم جميعا ـ قالها فى قتيل قتله أكثر من واحد. ولكن إذا ما تبين ما لكل شريك من تأثير التلف فإنه يلزم كل فاعل بتبعة فعله. وهذا ما تدل عليه فروع الفقهاء فى الجراح وما رتبوه عليها من إلزام بالأروش(١). وذلك هو الحكم مع مراعاة تقديم المباشر على المتسبب عند اجتماعهما على ما سبق بيانه، ومع صلاحية الجميع للإلزام بالضمان فإن كان فيهم من لا يصح للإلزام ففعله هدر، وفيما يلى بعض فروع فى الموضوع:

١ ـ حفر بئرا فى الطريق ثم حفر آخر طاقة فى أسفلها فوقع فيها حيوان فمات كان الضمان على الحافر الأول قياسا، وهو قول محمد، وعليهما أثلاثا، على الأول الثلثان وعلى الثانى الثلث استحسانا؛ لأن الحافر الأول أقوى سببا لولاه ما حفر الثانى.

(١) تكملة البحر ج ٨ ص ٣٩٧، الدر المختار ج ٥ ص ٥٤٩. المغنى لابن قدامة ج ٩ ص ٥٦٥، البدائع ج ٧ ص ٣٨٠ وما بعدها، رد المحتار ج ٤ ص ١٦٤، والحطاب ج ٦ ص ٣١٦.

٢ ـ حفر بئرا فى طريق ثم وسع آخر رأسها فسقط فيها حيوان فمات كان الضمان عليهما أثلاثا على الأول الثلثان إذا وقع فى موضع اشترك فى حفره الحافران ولكن إذا تبين أن السقوط كان فيما حفره الثانى كان الضمان عليه وحده، وإن لم يدر كان الضمان عليهما بالسوية.

٣ ـ حفر بئرا فى الطريق فوضع فيه إنسان سلاحا ثم سقط فيه حيوان فوقع على السلاح فمات كان الضمان على الحافر؛ إذ لولا الحفر ما وقع على السلاح.

٤ ـ إذا رجع بعض الشهود بعد أن قضى القاضى بالمال لشخص ذهب به فإن الضمان على الراجع، يقدر أثره فى الشهادة فإذا كانا شاهدين كان عليه نصف المال، وإن رجع الاثنان كان عليهما كل المال بالتساوى.

الشرط:

جاء فى قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام أن من أسباب التضمين الشرط، وعرفه بأنه ما يتوقف الإتلاف على إيجاده وليس مباشرة ولا تسببا كإمساك شخص دابة لآخر فقتلها إذ لم يصدر منه فعل يعتبر جزءا من فعل القتل، وإن مكن الفاعل منه فعله.

والظاهر أن ذلك ليس إلا ضربا من ضروب التسبب بمعناه الواسع، إذ لولا الإمكان ما تمكن القاتل من قتلها فكان الإمساك سببا مؤديا إلى القتل وإن لم يكن سببا ملجئا إليه، وعبارة الفقهاء لا تأبى ذلك البيان، وعلى هذا فلا يعد الشرط سببا آخر زائدا عن الإتلاف بالتسبب، وإنما يضمن الممسك فى مثل هذه الحال، لنسبة التلف إليه عادة وعدم انتفاء تلك النسبة بعمل المتلف كما يرى بعض الفقهاء.

وفى رأى غيرهم أنه لا ضمان عليه؛ لأن إقدام القاتل على قتل الدابة نتيجة إرادته واختياره، وقد كان له أن يسببها وألا يقتلها، وبذلك تنقطع نسبة التلف إلى الممسك فلا يضمن، وهذا مذهب الحنفية.

التعسف فى استعمال الحق
أو إساءة استعمال الحق

التعسف فى الفعل لغة ينبئ عن صدوره من غير روية ولا تدبر ولا نظر لعاقبته فيصدر على غير هدى مع ضرب من العنف والقوة ـ والشأن فى الفعل يصدر على هذا الوضع أن يسبب ضررا، فإذا أصاب ذلك الضرر غير فاعله كان ذلك محلا للنظر فى مسئولية فاعله عن ذلك الضرر باعتباره فعلا ضارا ترتب عليه ضرر حرمه الشارع، وكان

لذلك فعلا محظورا؛ لأن ما يؤدى إلى المحظور يكون محظورا - غير أن ما يقوم به الإنسان من أفعال منه ما هو حق من حقوقه التى خولها له الشارع - ويلحق بذلك ما هو رخصة أباحها الشارع له، ومنه ما هو أمر محظور حظره الشارع عليه.

فإذا كان أمرا محظورا كان مسئولا عما يترتب عليه من ضرر يصيب غيره سواء أصدر عن قصد وإدراك أم عن غير قصد؛ وذلك ما سبق بيانه فى الكلام على الفعل الضار.

وإذا كان أمرا جائزا له مباشرته فترتب عليه ضرر بغيره وكان من قبيل الرخص كان كذلك مسئولا عن ذلك الضرر؛ لأن الشارع الإسلامى قد اشترط فى مزاولة هذا النوع السلامة، وعدم الضرر، فالسير فى الطريق رخصة أباحها الشارع على ألا يكون سببا فى ضرر غير السائر فيه؛ لأن الرخص عامة مشتركة وذلك ما يقتضى الحذر والحرص فى مزاولتها، حتى لا يضار إنسان بسبب انتفاع غيره وهما فى الانتفاع بها سواء، وما جعلت رخصا إلا على أساس الانتفاع بها انتفاعا مشتركا سليما من الأذى والضرر؛ ولذا كان الضرر فى هذه الحال مستوجبا للتعويض إلا إذا كان حادثا من فعل لم يتجاوز فاعله فيه حد الأمر بالمعروف المألوف الذى ليس فيه تقصير؛ لأن حدوثه عندئذ يكون قضاء وقدرا لا تعويض فيه[1].

أما إذا لم يكن من قبيل الرخص بل كان حقا له فإن عليه حينئذ - ليظل حقا له - أن يلتزم حدوده المرسومة له شرعا عند صدوره. وإذ تجاوزها كان هذا خروجا عنه وكان فعلها اعتداء، وكان ما يترتب عليه عندئذ من ضرر مسئولا عنه، ولم يكن هذا من قبيل التعسف فى استعمال الحق، بل يكون خروجا عن الحق وتجاوزا له واعتداء.

أما إذا التزمها وصدرت منه على هذا الوضع، فقد كان التشريع الوضعى فيما مضى لا يرى مساءلته عما يؤدى إليه فعله من ضرر عند مباشرته سواء أكان فى إحداثه إياه مهملا أم سيئ النية، أم لم يكن، ولكن رجال التشريع المحدثين رأوا خلافا لأسلافهم وجوب النظر فى ذلك متابعة لما رآه فريق من فقهاء الشريعة من أن المسئولية يجب أن تتحقق فى هذه الحال مع مراعاة ظروف خاصة.

---

(١) ليس المجال هنا مجالا لتمييز الرخصة من الحق، غير أن ذلك لا يمنعنا أن نشير إلى أن المراد بالرخصة هنا ما كان أمرا مباحا مشتركا لا يختص به إنسان بعينه كالسير فى الطريق وفتح النوافذ عليه والتقاضى واجتياز القناطر وما إلى ذلك، والمراد بالحق ما خص به صاحبه فكان له وحده كالتصرف فى ماله بكل أنواع التصرفات قولية أو فعلية، والانتفاع به ونحو ذلك.

وهذه الحال هى ما أطلقوا عليها اسم التعسف فى استعمال الحق وعن ذلك أصبح عندهم للخطأ الموجب للمسئولية صورتان: الأولى حالة اعتداء تتمثل فى الخروج عن حدود الرخصة أو عن حدود الحق المرسومة، وهذه لا خلاف فى ثبوت التضمين فيها عن التلف، والثانية حالة أخرى لا خروج فيها عن الحدود المرسومة، ولكن اتسمت مباشرة الفاعل فيها بضرب من المخالفة وعدم الحذر تسبب عنه ضرر الغير، وهى حالة تقديرية تختلف باختلاف الأنظار، وهذه الحال هى ما سميت بالتعسف فى استعمال الحق.

وقد حاولوا التمييز بينها وبين حال تجاوز الحق والخروج عليه بأنها حالة لم يتحول فيها الحق عن وضعه باعتباره حقا وإنما الأمر فيها يتعلق بطريقة مباشرته وذلك أمر عارض حين الانتفاع به لا ذاتى فيه؛ ولذا يختلف النظر فيه باختلاف الظروف والملابسات التى تستوجب على مباشرة مراعاتها فى طريقة انتفاعه وهى ظروف تختلف باختلاف الأحوال والأزمان والمنتفعين ،فإذا كان صاحبه قد سلك فى انتفاعه السلوك المطلوب منه عرفا فى مثل ظرفه فكان حذرا متبصرا، ثم حدث الضرر لم يستوجب ذلك ضمانا عليه، وإلا كان عليه الضمان، وقد يعدون حدوث الضرر أمارة وعلامة على عدم تبصره وحذره ولكن له الخروج عن هذا بما يقدمه من إثبات ينفى إهماله وتقصيره، على أنه قد أضيف إلى ذلك فى بعض القوانين كالقانون المدنى المصرى والمدنى السورى(١) نصوص تستوجب التعويض فى الأحوال الآتية:

(أ) إذا لم يقصد الفاعل بفعله سوى الإضرار بالغير.

(ب) إذا كانت المصالح التى يرمى إلى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب ألبتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها.

(ج) إذا كانت المصالح التى يرمى إلى تحقيقها غير مشروعة.

أما الفقه الإسلامى فإنه فيما يبدو من نصوصه ومسائله وتفريعاته يجعل الفعل الضار سببا من أسباب التعويض إذا كان الضرر المترتب عليه ضررا ماليا متمثلا فى تلف مال أو نقصه أو نقص قيمته، ولا يشترط لوجوب التعويض أن يصدر الفعل من فاعله عن إدراك وتمييز كما سبق بيانه؛ لأنه حين أوجب التعويض أناطه بالضرر وإن لم يكن نتيجة انحراف فى السلوك أو حادثا عن عمد ودرك فى تجاوز ما يجب التزامه بل اكتفى

---

(١) م ٥ س المدنى المصرى، ٦ من المدنى السورى، ٧ من المدنى العراقى، ٥ مدنى ليبى.

بحدوث الفعل الضار باعتباره فعلا محظورا؛ نظرا إلى أثره دون تفرقة بين أن يصدر عن قصد أو عن خطأ؛ إذ لا فرق بين العمد والخطأ فى الأموال، ثم إنه جعل الضرر نوعين: ضرر يحدث عن الفعل مباشرة دون فاصل بينهما، والفعل فى هذه الحال لا يكون إلا محظورا، وضرر لا يحدث عنه مباشرة، وإنما يفصل بينهما ما يؤدى إليه بطريق التسبب، وذلك بأن يكون سببا فى حدوثه متصلا به، ولم يشترط أن يكون الفاعل الذى أدى فعله إلى الضرر مباشرة متعديا فى فعله هذا بل أوجب الضمان على فاعله، واشترط فى الفعل الأول الذى أدى إلى الفعل المباشر أن يكون اعتداء حتى يكون بحيث يصح أن يلزم فاعله بالتعويض وإن كان عديم الأهلية.

وخلاصة الرأى عندهم أن الفعل المباشر إذا كان فعلا ضارا ترتب عليه الضرر ألزم فاعله التعويض مطلقا؛ لأنه فعل محظور أضر بغيره ضررا يجب رفعه شرعا، وهذا هو حكم كل فعل يضر بغير فاعله، ولا يمكن أن يكون الفعل الضار حقا يباشره فاعله وهو حق له، إذ إن قواعد الشريعة تأبى ذلك. أما ما يعد من الأفعال حقا لفاعله فقد يترتب عليه الضرر لعدم التزام فاعله فى إحداثه حدوده الشرعية التى رسمها الشارع لتحقق شرعيته وفى هذه الحال يخرج عن أن يكون حقا ويتمحض اعتداء ويجب التعويض فيما يترتب عليه من ضرر، وقد يترتب الضرر عليه لأمر يتعلق بطريقة مباشرته، والانتفاع به لا لأمر يرجع إلى شرعيته فى ذاته، وذلك ما أوجب فيه الفقهاء أن يكون استعمال الحق فيه سبيلا إلى تحقيق المصالح وجلبها ودفع المفاسد وتجنبها، سبيلا يقوم فيه النظر إلى المجتمع وإلى الفرد باعتباره جزءا منه ـ ويرون مع ذلك أن الشارع كما حدد لكل حق حدودا تتوقف على مراعاتها شرعيته حدد له ما يجب أن يراعى فى مباشرة الانتفاع به، وجعل تجاوز ذلك ومخالفته فى الحالين أمرا محظورا تلزم الفاعل تبعاته على أساس أنه إذا كان فى مباشرته لحق من حقوقه ضرر بغيره وجب عليه أن يوازن بين مصلحته المشروعة التى أرادها والمضرة التى تترتب على استعماله له، فإن رجحت مصلحة المالك سلم له حقه وإن رجحت مضرة غيره قيد حقه بما يدفع المضرة عنه مع مراعاة أن الخروج عن الحدود التى تتوقف عليها شرعية الفعل غير مقبول فى جميع الأحوال ما عدا حال الضرورة، إذ الضرورات تبيح المحظورات من ناحية الإثم فلا يترتب عليها إثمها.

أما من ناحية التعويض فقد اختلف فيه الرأى بين فقهاء الشريعة فاختلفت آراؤهم وتشعبت فكانت ثلاثة آراء:

الرأى الأول ـ أن مباشرة استعمال الحق لا تقيد بقيد مادام حقا لمن باشره ولو ترتب عليه ضرر بغيره ولا يؤدى ذلك إلى تضمين. وإلى هذا ذهب أبو حنيفة والشافعى

وأحمـد وداود الظاهرى؛ إذ لا يجوز أن يحـال بين إنسان وأن ينتفع بـحقه، والقـاعدة عندهم أن الجواز الشرعى ينافى الضمان، وهذا ما جاء فى كتب ظاهر الرواية.

الرأى الثـــانى: وجوب تقييـد استعمال الحق بألا ينشأ عنه ضـرر فاحش بغيره، وذلك بقطع النظر عن النية التى يخـفيها المستـعمل من قصد الإضرار بغيـره أو عدمه، وإلى هذا ذهب أبو يوسف ومحمد من أئمة الحنفية ومالك، وهو رأى متأخرى الحنفية، وعليه الفـتوى، واستندوا فى ذلـك إلى قولهﷺ: (لا ضر ولا ضـرار) وهو عام ولكنه مخصوص للقطع بعدم امـتناع كثير من أنواع الضرر كالدخان ينتشـر من دار الجار نتيجة طبخ أو خبز ونحو ذلك مما اعتاد الناس احتماله وتقبله؛ لعدم إمكان تحاشيه؛ نتيجة لعدم الاستغناء عنه بالنظر لمتطلبات الحياة المعيشية اليومية بين الجيران.

ونقل الكمال ابن الهمام عن الذخيرة فى الدار المجاورة أراد صاحبها أن يبنى فيها منورا أو ينشئ فيها رحى للطحن يمنع عن ذلك، إذ بذلك يتضـرر جيرانه ضررا فاحشا، وأجمعوا على منع الدق الذى يهدم الحيطـان ويوهنها، ثم قال: والحاصل أن القياس فى جنس هذه المسائل أن يفعل ذو الحق ما بدا لـه؛ لأنه يتصرف فى خالص ملكه وإن لحق بذلك ضرر بغـيره، ولكن ترك القيـاس فى المواضع التي يتعدى فـيها الضرر إلى الغـير ويكون ضررا فاحشـا، وهو ما يراد بالضرر البين فى عبارات بعض الفقهـاء وقد عرفوه بأنه مـا يكون سبـبا لـلهدم أو وهن البناء أو يمنع مـن الحوائج الأصليـة، وذلك كسـد الضوء، وبهذا أخذ متأخرو الفقهـاء، وعليه الفتوى، ونقل عن أحمد أن المالك كما يمنع من أن يتصرف فى ملكه بما يضر بغيره ضررا فاحشا يمنع كذلك من كل تصرف قصد منه الإضرار بجاره دون أن يكون له نفع معتبر فيه.

الرأى الثالث: وجوب تقييد استعمال الحق بألا يضر بالغير، ولكنه لا يقيد الضرر بأن يكون فاحشا، وإنما يـقوم على الموازنة بين ما يترتب عليه من ضرر الغـير وما يجنيه صاحبه من منفعة.

وفى بيان ذلك قال أصـحاب هذا الرأى من متأخرى الفقهـاء: إن ما يترتب على استعمال صاحب الحق لحقه من الضرر بغيره وقد يكون ضررا محقق الوقوع، وقد يكون ضررا يغلب على الظن وقوعه وقـد يكون ضررا لا يغلب على الظن وقوعه، ثم هو مع ذلك قد يكون ضررا كـثيرا، وقد يكون قليلا، وقـد يكون ضررا مقصودا فى استـعمال صاحب الحق لحقـه، وقد يكون غير مقصـود لم تتجه إليه إرادة المالك المستعـمل لحقه، وأنه ليـرى عند تعارض المصـالح والمفاسـد فى هذه الأحوال أنهم يعـمدون إلى مـراعاة تطبيق القواعد الآتية لترجيح أحد المتعارضين.

١ ـ الضرر يزال.

٢ ـ يتحمل الضرر الأخف لدفع الضرر الأشد.

٣ ـ يتحمل الضـرر الخاص لدفع الضرر العام؛ ولذا يجب تقديم المصلحـة العامة على المصلحة الخاصة.

٤ ـ دفع المفاسد مقدم على جلب المصالح.

٥ ـ الضرورات تبيح المحظورات.

والأمر المتفق عـليه عند الفقهاء أن الـضرر إذا كان نادر الوقوع أو قليـلا تافها لم يترتب عليه تقييد صاحب الحق فى استعمال حقه؛ لأنه بلا ريب وما كان له إلا لمصلحة غالبة رعاها الشارع، ولا يضيـر ذلك أن يكون وراءه فى أحوال نادرة ضرر ما بغيره، أو ضرر قليل أيا كان وضعـه؛ إذ المصالح دائما مشوبة بالضرر وليس منهـا ما تمحض نفعا ولم يعتبر فى مقرارته وتشريعاته إلا المصالح الغالبة دون النظر إلى ما كان منها نادرا، أو تافها، وعلى ذلك يبـقى استعمال المالك حقـه باقيا على أصله مشروعـا لا يترتب عليه تعويض.

وكذلك اتفق الفقـهاء على أنه إذا لم يحمل المالك على اسـتعمال حقـه إلا قصد الضرر بغيره دون مصلحة له يطلبها من استعماله وجب عليه الكف، وعد معتديا بإقدامه على الإضرار بغيره باستعماله حقه سواء أكان ذلك محقق الوقوع أم مظنون الوقوع؛ لأن الضرر يجب منعـه، لحديث (لا ضرر ولا ضرار) ولكن إذا صاحب ذلـك القصد طلب منفعة من المستعمل حقه، وكان له محيد عما أراد سلوكه للإضرار بغيره وجب عليه ألا يسلك هذا المسلك؛ تجنبا للإضرار بغـيره، إذ له مندوحة عنه وإلا لم يكن له من غرض فى سلوكه إلا الإضرار بغيره وذلك حور فإذا سلكه فأضر غيره كان معتديا، وأما إذا لم يكن له منه بد وكان فى حاجة إلى استعمال حـقه وفى الإقدام عليه ضرر بغيره فإن كان ذلك الضرر عـاما كـان مقدمـا على حقه بناء عـلى قاعدة تقـديم المصلحة العـامة على المصلحة الخاصة، وإن كان خاصـا قدم حقه؛ إذ هو على بينة منه فى حين أنه على ظن من ضرر غيره. ومن الفقهـاء من يرى فى هذه الحال الموازنة بين الضررين: ضرره بترك استعمال حقه وضرر غيره باستعـماله، فإذا كان ضرر غيره عظيما وماسا بما هو ضرورى له بينما ضرره دون ذلك قدم ضرر غيره على ضرره كالطعام إذا منعه صاحبه لحاجته إليه بحسب العـادة بينما يطلبه غيـره دفعا للهـلاك عن نفسه، وذلك بناء على قاعـدة تحمل الضرر الأدنى لدفع الضرر الأعظم.

ويلاحظ فى ذلك أن الفقهاء يجعلون الضرر الذى يغلب على الظن وقوعه فى حكم المحقق وقوعه بناء على اعتبار غلبة الظن فى الأحكام الشرعية.

وإذا كان جلب المصلحة أو دفع المفسدة غير مصحوب بقصد الإضرار بأحد ولكن يتسبب عنه مع ذلك الضرر بالغير فإن كان عاما قيد حق المستعمل درءا للضرر العام تطبيقا لقاعدة: يتحمل الضرر الخاص دفعا للضرر العام. وذلك إذا كان هذا الضرر العام محقق الوقوع، أو مظنون الوقوع ـ وإن كان الضرر المتوقع خاصا فإن مصلحة المستعمل حقه تقدم على مصلحة غيره؛ لأن مصلحته فى هذه الحال أقوى للتحقق منها، ويرى بعض الفقهاء فى هذه الحال أن يوازن بين الضررين فيقدم الأقوى على الأضعف.

وأما إذا كان الضرر المتوقع كثيرا ولا يغلب على الظن وقوعه، وهو ليس بالأمر النادر، فقد اختلف النظر، فذهب أبو حنيفة والشافعى إلى تقديم مصلحة المستعمل حقه، مراعاة لقوته؛ لأن حق المستعمل ثابت بيقين فلا يقوى على دفعه إلا يقين مثله، أو ما غلب فيه الظن، ورجح مالك وأحمد جانب الضرر بالغير لكثرته؛ لأنه إذا كان كثيرا غير نادر الوقوع وجب الاحتياط لدفعه؛ لأن توقى المضرة مقدم على جلب المصلحة، ويقول الشاطبى فى هذا المقام: الشريعة مبنية على الاحتياط، والأخذ بالحزم والتحرز عما عسى أن يكون طريقا إلى مفسدة.

وإذا لم يلحق صاحب الحق فى منعه عن استعمال حقه ضرر فإن كان مترفها فى استعماله دون قصد إلى الإضرار بغيره ودون علم والتفات إليه فإنه ـ وقد قصد إلى ما يجوز له أن يقصده ـ يكون له حقه جائزا له استعماله، وإن ترتب على استعماله ضرر بغيره قطعى الوقوع.

أما إذا كان على علم بلزوم الضرر لغيره فعند ذلك يقوم فى منعه فى استعمال حقه مظنة قصد الضرر بالغير؛ لأنه ـ وقد أقدم على استعمال حقه لغير داعية قوية ودون أن يلحقه ضرر بالترك ـ يعد فاعلا لأمر مباح لا يتعلق بفعله نفع ولكن فيه ضرر بغيره وقد يرى عند ذلك أنه لا داعية له إلا قصد الضرر فيمنع.

على هذا الوضع صيغت نظرية التعسف فى استعمال الحق ما رآه متأخرو الفقهاء، وكان ذلك معينا لما صدر من القوانين وبخاصة فى البلاد العربية.

ومن البيان المتقدم يمكن استعمال المعايير التى يقوم عليها اعتبار استعمال صاحب الحق حقه من قبيل التعسف فيه مع غض النظر عما فى التطبيق من خلاف. وهذه المعايير هى:

(أ) إذا لم بقصد المستعمل لحقه سوى الإضرار بغيره.

(ب) إذا كانت المصلحة التى يبتغيها من استعماله حقه تتعارض مع مصلحة عامة، أو مصلحة خاصة تفوقها بحيث ترى مصلحته قليلة الأهمية ولا تتناسب البتة مع ما يصيب غيره من ضرر عظيم بسببها، ولم يكن ذلك الضرر نادر الوقوع.

(ج) إذا كانت المصلحة التى يبتغيها صاحب الحق من استعمال حقه تؤدى إلى الإضرار بغيره ضررا فاحشا بينا وكان فى استطاعته تحقيق مصلحته بطريق آخر لا يؤدى إلى ذلك الضرر.

(د) إذا كان الضرر المترتب على الاستعمال عظيما محتمل الوقوع وليس بالأمر النادر على ما ذهب إليه مالك وأحمد، أخذ بالأحوط وبسد الذريعة خلافا لأبى حنيفة والشافعى.

(هـ) إذا كان المالك على علم بترتب الضرر الفاحش وكان فى استعماله لحقه مترفها لا يلحقه ضرر من تركه وأقدم مع ذلك عليه.

ومما يجب ملاحظته أن ما يحدث من الضرر نتيجة التعسف فى استعمال الحق سواء أحدث مباشرة أو تسببا لا يجب فيه الضمان على المتعسف إلا إذا توفرت شروط التضمين السابق بيانها، مثل أن يكون الضرر ضررا ماليا حادثا بالفعل، وأن ما ذكرناه آنفا من الأسس والقواعد إنما يراد به أن نبين متى يكون استعمال الحق تعسفا واعتداء، حتى يصلح سببا للتضمين، ومتى لا يكون كذلك، فلا يكون غير صالح لذلك كما إذا لم يتجاوز المستعمل حدود الاستعمال الواجبة المراعاة، ومن ذلك ما ذكروه من إرسال البهائم للرعى نهارا فإن مرسلها لا يضمن ما تتلفه من الزرع إذ لم يخرج فى إرسالها عما يطلب منه عادة، وقد كان على أصحاب الزرع حفظه، وكذلك إذا أوقد نارا فى ملكه على الاقتضاء المعتاد فطار منها شرر فأتلف بالإحراق متاعا لجاره. ومثله ما إذا سقى أرضه على الاقتضاء المعتاد فى مثله فسرى الماء إلى أرض جاره فأفسد زرعه فلا ضمان فى هذه الصور وأمثالها لعدم التعدى وعدم مجاوزة الحدود فى الاستعمال[1].

---

(١) راجع هذا الموضوع الدر المختار ج ٥ ص٣٧٠. رد المحتار ج ٤ ص ٥٥٩ ص ٥٦٠ تبيين الحقائق للزيلعى ج ٦ ص٢٢٥ الموافقات ج ٢ ص ٣٤٩ جامع الفصولين ج ٢ ص ٧٣، ١٩٤، فتح القدير ج ٥ ص ٥٠٦. الأم ج ٣ ص ٢٢٢. الدر المنتقى ج ٢ ص ١٥٣. المحلى لابن حزم ج ٨ ص ٢٤١ مسألة ١٣٥٦، ١٣٥٧.

السبب الرابع: يد الضمان

ليست اليد سببا للضمان فى جميع الأحوال. فإنها قد تكون يد أمانة وقد تكون يد ضمان. فإذا كانت يد أمانة لم يجب على صاحبها الضمان عند التلف أو ما فى معناه. وإذا كانت يد ضمان وجب على صاحبها الضمان عند تلف ما تحتها من الأموال أو نقصه، ولذا يجب التعريف باليدين.

يد الأمانة ويد الضمان:

تتمثل اليد على المال فى حيازته فإذا حاز إنسان مالا كان تحت يده أو فى يده، وإذا كان فى يده فقد يكون عن ولاية شرعية، وذلك ما يعنى إقرار وجوده تحتها فى هذه الحال من الشارع، وقد يكون اعتداء.

وإذا كان بإقرار من الشارع فقد تكون اليد عليه حينئذ يد أمانة، وقد تكون يد ضمان، فإن من الأيدى ما يكون عن ولاية شرعية ومع ذلك يضمن صاحبها عند تلف ما تحت يده من المال وذلك كيد البائع على المبيع قبل تسليمه إلى المشترى. فإنه إذا هلك فى يده قبل أن يسلمه إلى مشتريه هلك عليه من ماله إذا لم يكن هلاكه بتعد من مشتريه ويبطل بهلاكه البيع. أما إذا هلك بتعد منه اعتبر بذلك التعدى متسلما له، ومضى البيع، وإذا بطل البيع وكان هلاكه بآفة سماوية، أو بفعل البائع أو بفعل المبيع نفسه وجب على البائع أن يرد الثمن إلى المشترى إن كان قد قبضه، أما إذا كان هلاكه بفعل أجنبى خير المشترى بين أن يفسخ البيع ويسترد الثمن إن كان قد أداه وبين أن يمضى البيع ويرجع على الأجنبى بقيمته وقت تعديه لإقدامه على إتلافه ملكه.

ويد المستعير على العارية يد تستند إلى ولاية شرعية؛ لأنها أثر ومقتضى لعقد الإعارة ومع ذلك تعديد ضمان عند الشافعية والحنابلة خلافا للحنفية، فإذا تلفت العارية بآفة سماوية ضمنها المستعير للمعير وألزم بأداء قيمتها يوم تلفها؛ لأنه يوم فواتها إن كانت قيمية، وإن كانت مثلية فكذلك الحكم عند الشافعية وضمنها بمثلها عند الحنفية.

وقد لا يكون عن ولاية بل يكون وضعها على المال اعتداء كيد الغاصب ومن وضع يده على مال غيره بغير رضاه وبغير إذن من الشارع؛ وفى هذه الحال تكون يد ضمان.

ولقد رأى بعض الفقهاء من الحنابلة أن يعرف يد الأمانة بأنها ما كانت عن ولاية شرعية ولم تكن لمصلحة صاحبها خاصة، أما إذا كانت لمصلحة صاحبها خاصة كيد

المستعير ويد البائع على المبيع إذا حبسه لاستيفاء ثمنه ويد المشترى على ظرف المبيع إذا تسلمه مع المبيع فإنها تكون فى مثل هذه الأحوال يد ضمان[١]. غير أن ذلك قد يرى غير سليم إذا ما لاحظنا أن يد البائع على المبيع قد لا تكون فى مصلحته خاصة كما إذا ظل المبيع فى يده بعد أداء الثمن، وقبل أن يطلبه مشتريه أى إذا لم يكن حبسه لوفاء ثمنه، وعلى هذا فإنه إذا قبل فى التعريف بها أن يد الأمانة ما كانت عن ولاية شرعية، ولم يدل دليل على ضمان صاحبها وما عداها يد ضمان كان تعريفا سليما من النقد.

ومن أمثلة يد الأمانة يد الوكيل بالقبض ويد الشريك ويد المضارب ويد قابض المال لحفظه لصاحبه ويد الملتقط إذا التقط عازما على تعريف اللقطة، أما إذا أخذها لتكون له فإنها تكون يد ضمان حكمها حكم يد الغاصب لمخالفته أمر الشارع[٢] ويد المستأجر وكذلك يد المرتهن على الرهن عند الشافعية والحنابلة، أما عند الحنفية فهى يد أمانة على مالا يقابل الدين من الرهن ويد ضمان على ما قابل الدين منه.

وذهب شريح والنخعى والحسن إلى أنها يد ضمان مطلقا فإذا تلف الرهن تلف على المرتهن.

وممن تعد يده يد أمانة من وقع فى حجره مال أو سقط فى داره ثوب أو حيوان مثلا،ومن أخذ مالا ظانا أنه ماله فهؤلاء فى أمثالهم يعدون من الأمناء، لأن الشارع اعتبرهم كذلك ما لم يحدث منهم ما يعد اعتداء وهذه صور الأمانة الشرعية[٣]، ويرى الحنفية أن من أخذ مال إنسان على ظن أنه ماله يعد ضامنا له ويده عندئذ يد ضمان، لأنها وضعت على مال غير مملوك لصاحبها بدون إذن مالكه فإذا تلف المال فى يد بلا صنع أحد ثم ظهر المالك ضمن له قيمته، ويكفى فى هذا بيان يد الأمانة إذ إنه خارج عن موضوع دراستنا.

يد الضمان: أما يد الضمان فهى ما عدا ما أشرنا إليه آنفا من الأيدي.

وضمان صاحبها لما يتلف تحتها من الأموال يرجع إلى سبب من الأسباب الآتية:

---

(١) كشاف القناع ج ٢ ص ٣٣٦ ونهاية المحتاج ج ٥ ص ١٤١، ص ٣٠٥.
(٢) ابن عابدين ج ٣ ص ٣٤٨.
(٣) نهاية المحتاج ج ٥ ص ١٤٣.

الأول: الاعتداء الذى يتمثل فى وضع يد على مال لغير صاحبها فيحول بين مالكه وبينه، أو يمنعه من الانتفاع به على الوضع الذى يريده، وذلك بإزالة يده عن ماله، أو منعه عن حقه؛ ولذا كان وضع اليد على مال الغير بولاية شرعية سواء أكانت تلك الولاية نتيجة إذن من مالكه كما فى يد الوديع أم نتيجة إذن من الشارع كما فى يد الملتقط على اللقطة إذا التقطها بنية ردها إلى صاحبها بعد اتخاذ الوسائل لمعرفته من التعريف بها، وما يشبهه لا يعد اعتداء ولا يترتب عليه ضمانه إذا تلف تحتها. أما عند الاعتداء كما فى يد الغاصب، أو وضع إنسان يده على مال غيره بدون ولاية وإن لم يكن غاصبا فإن صاحبها يلزم حينئذ بضمان ما تحتها إذا تلف بأى سبب كان.

ويتناول هذا كل يد حلت محل يد معتدية بدون ولاية شرعية، لأنها فى هذه الحال تعد استمرارا للاعتداء، وإن كان القائم به شخصا آخر وذلك كيد المشترى من الغاصب ويد المستأجر منه ويد المستودع منه وهو الوديع ويد المستعير منه ويد المرتهن منه ويد المضارب له وهكذا فإن يد جميع هؤلاء تعد استمرارا لتلك اليد المعتدية الأولى بالنظر إلى اعتدائها فيضمن صاحبها من مشتر ومستأجر ونحوه ما يتلف تحت يده، أما إذا حلت محلها بولاية شرعية فلا تعد يد ضمان ولا يضمن صاحبها بتلف ما استولت عليه من مال، وذلك كيد الحاكم الذى ينتزع المال المغصوب من غاصبه قهرا عنه ليرده إلى مالكه، ويد من قام بذلك تبرعا فى نظر بعض الفقهاء خلافا لمن رآها مع ذلك يد ضمان، لعدم استنادها فيما يرى إلا ولاية على حين يراها الآخرون مستندة إلى إذن من الشارع.

والضمان فى هذه الأحوال ضمان اعتداء وقد يوصف بأنه ضمان يد. وسنعرض لذلك عند الكلام فى أحكام الأيدى المتفرعة عن أيدى الضمان.

الثانى: حكم الشارع بضمان صاحبها وإن وضعت على المال بإذن من صاحبها كيد المستعير عند الحنابلة والشافعية خلافا للحنفية وضمان المرتهن عند الحنفية، ويتناول هذا ضمان الأموال التى توضع الأيدى عليها نتيجة لعقد من العقود كما فى ضمان البائع المبيع بحبسه تحت يده إلى أن يؤدى إليه الثمن بعد تمام البيع، وضمان المشترى المبيع فى يده عند اشتراط الخيار فى رأى كثير من الفقهاء. وسيأتى تفصيل ذلك عند كلامنا على ضمان العقد.

الثالث: وضع اليد على أساس التملك والضمان، ليكون وسيلة وطريقة إلى التملك كما فى يد القابض على سوم الشراء اتفاقا، ويد القابض على سوم النظر عند

غير الحنفية، لأنه ـ وقد وضع يده على أساس الضمان والتملك ـ يقتضى التغرير به إذا ألزم بالضمان عند التلف، إذ إنه يبتعد به عن غرضه ولو ألزم به الملك لكان فى ذلك تغرير به وإضرار، وذلك ما كان محلا لاختلاف النظر بدليل الاختلاف فى حكمه.

الرابع: وضع اليد على مال الغير بإذن من صاحبه لمصلحة اليد خاصة، فإذا كانت المصلحة مشتركة كانت العبرة بأرجحهما فإن كانت مصلحة المالك أرجح كانت يد أمانة، وإلا كانت يد ضمان، ذهب إلى هذا الحنابلة وفرعوا على هذا الأصل ضمان المستعير وعدم ضمان الوديع.

وعلى هذا كانت يد الضمان كل يد لا تستند إلى إذن شرعى سواء أكان من المالك أم من الشارع، وكذلك كل يد تستند إلى إذن شرعى ودل الدليل على تضمين صاحبها. وكل يد ترتبت على يد معتدية دون أن تستند إلى إذن من المالك، أو إذن من الشارع، أو استندت إلى ذلك، ولكن كان وضعها لمصلحة صاحبها خاصة عند الشافعية والحنابلة، أو دل دليل شرعى على تضمينه وكانت لذلك يد غاصب الغاصب، ويد المساقى للغاصب، والمشترى من الغاصب، والمستأجر منه يد ضمان وإن لم يعلموا بالغصب.

ويتحقق الاعتداء بوضع اليد على مال الغير إذا كان بغير ضرورة، أما إذا كان لضرورة ولم يسارع واضع اليد إلى رد المال لصاحبه فإنه يصير لعدم مسارعته معتديا ويتحقق ذلك فى حيوان دخل دار إنسان من تلقاء نفسه فلم يرده مالك الدار إلى صاحبه مع معرفته به، وفى مال تحت يد إنسان لسبب استوجب ذلك كالإجارة والاستعارة ونحوها ثم انتهى السبب ووجب لذلك رد المال إلى صاحبه، وفى هذه الحال إذا كان الرد ومئونته واجبين شرعا على صاحب اليد كان إهماله الرد بعدم سعيه إليه مستوجبا لضمانه إذا كان ذلك بغير عذر، وإن كان الرد واجبا على مالك المال لم يكن إغفاله من واضع اليد مستوجبا لضمانه، وعلى أساس ذلك يحكم بعدم ضمان المستأجر بعد انتهاء الإجارة إذا لم يسارع إلى تسليم العين المستأجرة؛ لأن استردادها على مالكها المؤجر وبضمان المستعير عند الحنفية إذا لم يبادر برد العارية بعد انتهاء الإعارة بغير عذر.

حكم يد الأمانة وحكم يد الضمان:

لا ضمان على صاحب يد الأمانة عند تلف المال تحتها إلا إذا قصر فى حفظها، أو تعدى عليها، ومن أجل ذلك ضمن الوديع إذا أخبر اللص بمكان الوديعة فسرقها منه، لتعديه بذلك.

ويرى المالكية أن يد الأمين إذا كانت على ما لا يعاب عليه فلا ضمان عليه عند التلف وإن كانت على ما يغاب عليه فهو ضامن له إذا تلف إلا أن يقيم البينة على تلفه أو ضياعه بغير صنعه، وذلك هو الحكم عندهم فى العوارى، وفى أيدى الصناع، وفى المبيعات مع الخيار عند التلف فى يد المشترى ونفقة المحضن إذا تلفت فى يد الحاضنة والصداق إذا دفع للزوجة وحدث فسخ أو طلاق قبل الدخول، وما بيد الورثة إذا طرأ دين، أو ظهر وارث آخر، ويد المشترى من الغاصب عند جهله بالغصب والسلعة المحبوسة لأداء الثمن، وخرجت من هذا الحكم يد المستأجر على العين المستأجرة، إذ لا ضمان عليه عند أداء التلف سواء أكانت مما يغاب عليه أم لا، غير أنه يحلف إذا كان متهما، وعندئذ يقبل قوله دون مطالبة بالبينة[1].

أما يد الضمان فالحكم تضمين صاحبها عند تلف المال تحتها سواء أكان تلفه باعتداء عليه من واضع اليد، أم من أجنبى، أم كان بسبب لا يد لصاحب اليد فيه كالسبب السماوى مثل الموت والنار الغالبة ونحو ذلك. غير أنه إذا كان التلف من أجنبى استقر ضمان المال التالف عليه وإن كان من المالك كان ضمانه عليه وليس على واضع اليد تبعة.

غير أن المالكية ذهبوا إلى أن وضع اليد على المال إذا كان المقصود منه منفعته للانتفاع بها فقط لم يكن وضع اليد عندئذ على ذات المال اعتداء عليه، وبنوا على ذلك أنه إذا تلف المال بما لا يد لواضع اليد فيه لم يلزم بشىء سوى أجر الانتفاع إن انتفع كما سيأتى الكلام على الغصب، وبناء على ذلك لا تصير اليد يد ضمان بالنظر إلى ذات المال فى هذه الحال عند المالكية خلافا لغيرهم، وذلك ما يدل على أن يد الضمان هى التى توضع على المال عينا، أو منفعة بغير ولاية مع القصد إليه، فهى يد ضمان للذات إن قصد بها الاستيلاء على الذات وضمان للمنفعة إن قصد بها الانتفاع فقط.

وكما يلزم صاحب يد الضمان بضمان المال كله عند تلفه يلزم بضمان بعضه عند تلف بعضه كما يلزم بنقص قيمته عند حدوث ذلك بسبب تعيينه أو تغييره، أو حدوث ما ترتب على ذلك من نقص فى قيمته مع ملاحظة أن نقص القيمة نتيجة تغيير الأسعار لا يسأل عنه صاحب اليد، إذ لا صلة باعتدائه ولم يكن نتيجة نقص فى المال، وإنما نتيجة لانصراف رغبات الناس عنه.

---

(١) حاشية الدسوقى على الدردير ج ٣ ص ٢٥٥، ج٤ ص ٣٤.

وذهب المالكية إلى أن تغير السعر بنقصه غير معتبر فى الغصب فلا ضمان إذا نقصت به قيمة العين المغصوبة فى يد غاصبها ولكنه معتبر فى الاعتداء فيضمن المعتدى ما نقصته العين المستولى عليها، اعتداء بسبب نقص سعرها(١).

وأظهر ما تتمثل فيه يد الضمان يد الغاصب وما تفضى إليه من الأيدى وإن لم يعلم صاحبها بالغصب، ولذا نبدأ ببيان الغصب وبم يتحقق.

الغصب

الغصب عند أبى حنيفة وأبى يوسف إزالة يد المالك عن ماله المتقوم على سبيل المجاهرة والمغالبة بفعل منه فى المال(٢). فلا يتحقق عندهما إلا بتحقيق عناصره الأربعة وهى:

١ ـ إزالة يد المالك ورفعها.

٢ ـ وأن تكون عن مال مملوك له متقوم.

٣ ـ وأن يكون ذلك عن مجاهرة ومغالبة.

٤ ـ وأن يحدث ذلك بفعل يصدر من الغاصب.

وعلى ذلك إذا لم يكن ليد المالك وجود قبل يد المعتدى فلا يعد استيلاؤه عليه غصبا كما فى زوائد المغصوب تحدث عند الغاصب فوجودها فى يد الغاصب لا يعد غصبا لعدم سبق يد عليها لمالكها، وإذا أزيلت عما لا يعد مالا كالمنافع فلا يعد الانتفاع بها تعديا غصبا. كما لا تعد حيازة مال غير متقوم غصبا كما فى الاستيلاء من مسلم على خمر لمسلم.

ومن الفقهاء من زاد فى شروط المال أن يكون محترما فلا يعد الاستيلاء على مال الحربى فى دار الحرب غصبا، وأن يكون منقولا فلا غصب فى العقار(٣). وإذا كان الاستيلاء خفية أو عن حياء من صاحب المال لا يعد كذلك غصبا وإذا حدث هذا بغير فعل من المستولى لم يكن غصبا كما فى حيوان دخل دار إنسان واستقر فيها.

ويرى محمد ـ رحمه الله ـ أن الغصب يتحقق بالعناصر الثلاثة الأوائل فهو تفويت يد المالك عن ذلك المال عن مجاهرة ولا يتوقف وجوده على فعل من الغاصب.

---

(١) الخرشى ج ٦ ص ١٦٣.
(٢) بدائع الصنائع ج ٧.
(٣) تبين الحقائق ج ٥ ص ٢٢٢.

ويرى الشافعي وأحمد أن الغصب هو الاستيلاء على حق الغير بغير حق، فيتحقق في المنافع، وفي أحوال الاختصاص التي لا ملك فيها، ولا يتوقف تحققه على إزالة يد للمالك كانت متحققة قبله، فاستيلاء الغاصب على زوائد المغصوب التي نتجت منه تحت يده غصب.

ويرى مالك أن الغصب هو الاستيلاء قهرا على عين مالية لغيره بلا حرابة، ولذا لا يسرى في منع المنافع عن صاحبها بالاستيلاء على العين غصبا، وإنما يسمى ذلك اعتداء أو تعديا(١)، فهم يرون أن الغصب جناية على الذات المستولى عليها جميعها وذلك بالاستيلاء عليها قصدا إلى أخذها، أما الاعتداء فهو ـ كما يقول العدوى على الخرشي ـ الأخذ بقصد الاستيلاء على منفعة المأخوذ لا الذات، ويقول آخرون ـ الجناية على بعض السلعة في أكثر أحواله كمزق الثوب وكسر الآنية بخلاف الغصب فإنه جناية على السلعة كلها، وعلى هذا الرأى يكون التعدى بكل فعل ضار لا يصيب الشيء جميعه، وإنما يصيب بعضه أو منافعه بقطع طرف من أطراف الدابة أو إتلاف عين في يد مالكها دون استيلاء عليها.

ويفرقون بينهما في الحكم بأن الفساد اليسير من الغاصب يجعل للمالك أن يضمن الغاصب قيمة ما غصبه إن شاء أو قيمة نقصه، أما في المعتدى فلا يستوجب إلا إلزامه بأرش النقص الحاصل به، وبأن المعتدى لا يضمن ما تلف تحت يده بسبب سماوى بخلاف الغاصب، وبأن المعتدى يضمن غلة من عطل بخلاف الغاصب كما سيأتى.

ووجهة أبي حنيفة في اشتراطه إزالة يد المالك في تحقق الغصب أن الغصب يستوجب تضمين الغاصب، وذلك يكون بإلزامه بأداء الضمان إلى المغصوب وإزالة يده عنه، وذلك يقتضى بناء على تحقق معنى الجزاء والمساواة بين الجرم وجزائه التي يوجبها قوله تعالى: ﴿فَمَنِ اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ... ﴿١٩٤﴾﴾ [البقرة] أن يكون الغصب بإزالة يد المالك عن المغصوب كما كان التضمين الذى هو جزاؤه بإزالة يد الضامن عن الضمان، وبذلك يتحقق بفوات ما يؤديه من الضمان عليه كما فات على المغصوب منه ما أخذ منه بالغصب؛ ولذا لا يضمن الغاصب دابة تبعت دابة أخرى غصبها كولدها مثلا إذا تلفت وهى تابعة، كما لا يضمن شخص حبس مالكا

---

(١) الشرح الكبير للدردير ج ٤ ونهاية المحتاج ج ٥ ص ١٤٢، وكشاف القناع ج ٢، والخرشى ج ٦ ص ١٧١، ١٧٢.

عن مواشيه حتى ضاعت أو هلكت جوعا، وكما لا يضمن شخص بالجلوس على بساط لآخر؛ لأن الجلوس عليه ليس فعلا زالت به يد المالك عنه، فإذا أصاب البساط تلف عند ذلك لم يضمنه - ففى هذه الأحوال وأمثالها لم تزل يد المالك عن ملكه؛ ولذا كان ضمانه على مالكه، فالدابة لا تزول يد المالك عليها والبساط لم يزل فى مكانه حيث وضعه مالكه.

وبناء على هذا الخلاف فى بيان حقيقة الغصب كان خلاف الفقهاء على العموم فى غصب منافع الأعيان وغصب زوائد الأعيان المغصوبة.

أما المنافع فلا يتحقق فيها الغصب عند الحنفية بغصب أصلها؛ لأنها ليست بأموال عندهم، والغصب لا يكون إلا فى مال متقوم؛ ولذا لا تصير مضمونة على من استولى عليها باستيلائه على مصدرها، ولا يطالب بعوض انتفاعه بها، وقد استثنوا من ذلك منفعة مال اليتيم ومنفعة الوقف والمعد للاستغلال على ما سبق بيانه.

وكذلك لا يتحقق فيها عند المالكية؛ لأنها أعراض والغصب عندهم لا يتحقق إلا فى الذوات؛ ولذا يسمون الاستيلاء عليها قصدا عند الاستيلاء على أصلها لهذا الغرض تعديا أو اعتداء، وهو موجب للضمان عندهم فيضمنها عند ذلك من يعتدى عليها انتفع أم لا - أما عند غصب الذات فلا تضمن إلا بالانتفاع أو بالإكراه؛ لتحقيق الاعتداء عليها بذلك، وليس للغاصب عندهم حق فى غلة المغصوب إذا كان مما يحتاج إلى نفقة؛ إذ تكون نفقته فى غلته فإذا زادت عن نفقته فالزيادة للمالك وإن نقصت فليس للغاصب أن يرجع على المالك بالفرق كما أنه لا رجوع له عليه بما ينفقه على المغصوب إذا لم تكن له غلة(١).

ويتحقق فيها الغصب عند الشافعية والحنابلة، لأنها أموال عندهم وهو يتحقق فى كل مال؛ ولذا كانت مضمونة عندهم بالاستيلاء على مصدرها، إذ يعدون ذلك غصبا لها، كانت مضمونة على غاصب العين مدة غصبه.

وأما زوائد الأعيان المغصوبة التى تحدث تحت يد الغاصب فهى نوعان: منفصلة كالولد واللبن والثمرة ونحو ذلك، ومتصلة كالسمن والجمال - ويقول صاحب المبسوط: إنها لا تعد بنوعيها مغصوبة بغصب أصلها عندنا إذا حدثت فى يد الغاصب؛ إذ لم يكن لمالكها يد عليها قبل يد الغاصب زالت بحدوث يد الغاصب عليها، وذلك شرط فى

---

(١) الخرشى ج ٦ ص ١٦.

تحقيق الغصب عندنا، ولذا كانت بنوعيها أمانة فى يد الغاصب فلا تكون مضمونة عليه، ولا يعد مجرد وضع اليد على المال اعتداء عليه حتى يكون وضع يد الغاصب لأصولها عليها اعتداء يستوجب ضمانه وإن كان من غير قصد إلى تملك أو انتفاع أو حيلولة بين المال وصاحبه.

ألا يرى أنه لا ضمان لثوب أطارته الريح فوقع فى حجر إنسان، ولا فى حيوان دخل دار إنسان من تلقاء نفسه، وإنما يكون الاعتداء بتفويت ما كان للمالك من يد وقدرة على التصرف قصدا، وذلك بمنعه عن مالكه والحيلولة قصدا بينه وبينه، وذلك ما لم يقع ولم يتحقق، فقد يتصرف المالك عندئذ دون ممانعة أو معارضة تحدث من ذى اليد. وذلك ما دام لم يمسكها قصدا إلى حيازتها لنفسه، أما إذا أمسكها قصدا إلى حفظها حتى يتبين صاحبها فهو أمين عليها.

وبناء على ذلك كانت زيادة المغصوب بنوعيها فى يد الغاصب أمانة عند الحنفية لا تضمن إلا بالتعدى أو بالتقصير فى حفظها.

ومن التعدى منعها عن مالكها عند طلبه، غير أنه إذا كان الطلب خاصا بالمتصلة ففى اعتبار المنع عندئذ تعديا روايتان: أولاهما أنه يعد تعديا، وثانيتهما: أن امتناع الغاصب فى هذه الحال لا يعد تعديا؛ لعدم تمكنه من التسليم بسبب اتصالها بأصلها وامتناع تسليمها إلا مع أصلها فلا تتحقق المطالبة بها منفردة عن الأصل، ولا اعتبار بالمنع عند ذلك، ولا نظر إليه فى حق الأصل؛ لأنه مضمون من قبل بدئه فلا ينظر إليه كذلك فى حق المنع، فلهذا تضمن بالمنع بعد الطلب الزيادة المتصلة لذلك على هذه الرواية بخلاف الزيادة المنفصلة؛ لاستقلالها وانفصالها عن الأصل، وبناء على ذلك لو غصب إنسان دابة فسمنت وزادت قيمتها عن قيمتها وقت غصبها ثم تلفت الدابة فى يده لم يضمن إلا قيمتها وقت غصبها دون قيمة زيادتها؛ لأنها أمانة، وإذا طلبها مالكها ثم منعها الغاصب، ثم تلفت كان فى ضمانه قيمتها وقت تلفها روايتان على ما بينا: إحداهما لا يضمن إلا قيمتها وقت غصبها. والأخرى يضمن قيمتها مع قيمة الزيادة[1].

وفى البدائع[2] ما يدل على أن زوائد المغصوب مطلقا مضمونة عند محمد لأن الغصب إثبات اليد على مال الغير بغير إذن مالكه وقد وجد فيها بعد بعد أصلها، ولا شك أن هذا يخالف ما جاء فى المبسوط وما جاء فى تبيين الحقائق للزيلعى؛ إذ جاء

(١) المبسوط ج ١١ ص ٥٤ وما بعدها.
(٢) ج ٦ ص ١٤٣ والزيلعى ج ٥ ص ٢٢٢.

فيه ما نصه: ولا يضمن الغاصب زوائد الغصب عند محمد لعدم تفويت يد المالك فيها، فهل يروى عن محمد فيها روايتان؟.

وذهب المالكية والشافعية والحنابلة إلى تحقق الغصب فيها بنوعيها وضمانها بضمان أصلها؛ لثبوت يد الغاصب عليها وهى ملك لغيره بدون حق وتبعيتها لأصلها.

وجملة القول أن الزوائد المنفصلة كالولد والثمر تعد ملكا لمالك العين وأمانة لدى صاحب اليد فلا تضمن إلا بالتعدى، أو التقصير أو منعها عند طلب مالكها، أما الأكساب كالأجرة فهى ملك لصاحب اليد بسبب ضمانه؛ لحديث الخراج بالضمان؛ ولذا لا تضمن كما لا تضمن المنافع التى هى بدل عنها وذلك ما يذهب إليه الحنفية.

وذهب الشافعية والحنابلة إلى أن جميع الزوائد متصلة أو منفصلة تدخل فى ضمان ذى اليد لا فرق بين الولد والأكساب فيضمنها إذا تلفت فى يده بتعديه بوضع يده عليها بدون حق.

وبناء على ما تقدم إذا باع الغاصب المغصوب وتسلمه المشترى بزيادته وكانت منفصلة كالولد كان ضامنا للولد بتسليمه إلى أجنبى هو المشترى، لتعديه عليه بذلك، مثله مثل الوديع ببيع الوديعة. أما وجه التعدى فلأن المالك كان متمكنا من أخذ الولد من غاصبه، وقد زال ذلك بسبب بيعه وتسليمه إلى مشتريه ففوته على مالكه، وفى ذلك يقول صاحب البدائع أنه لا خلاف بين أصحابنا فى ذلك[١].

وعلى ذلك إذا تلفت العين وولدها عند المشترى بعد التسلم كان للمالك أن يضمن الغاصب قيمة العين عند غصبها ويرجع على المشترى بقيمة الولد عند تسليمه إليه، أو يضمنه هاتين القيمتين وما يكون من فرق بين قيمتى العين عند غصبها وعند تسليمها إذا لم يكن نتيجة ارتفاع فى الأسعار. كما له أن يرجع بالقيمتين قيمة العين وقيمة ولدها على المشترى وقت تعديه وذلك وقت تسلمه إياهما ولا خلاف فى ذلك بين أئمتنا كما يقول صاحب البدائع: ذلك الحكم فى المنفصلة.

أما المتصلة كما فى غصب شاة قيمتها عند غصبها عشرة جنيهات، ثم نمت فبلغت قيمتها خمسة عشر جنيها، ثم باعها على هذا فسلمها إلى مشتريها، ثم تلفت عنده، فقد ذكر السرخسى فى المبسوط أن لصاحبها الخيار أن شاء ضمن المشترى قيمتها يوم تسلمها وهى خمسة عشر جنيها، وإن شاء ضمن الغاصب البائع

---

(١) ج ٦ ص ١٤٣.

قيمتها وقت الغصب عشرة جنيهات أو قيمتها وقت البيع والتسلم خمسة عشر جنيها «ولم يشر محمد إلى خلاف فى الأصل».

أما تضمين المشترى فلأنه متعد بقبضها لنفسه عن طريق التملك وفى هذا تفويت يد المالك حكما فقد كان متمكنا من استردادها وزال بقبضه لنفسه على سبيل التملك فيضمن قيمتها وقت قبضه وهو خمسة عشر جنيها بمنزلة ما لو غصبها من غاصبها الأول غاصب بعد الزيادة فإن لمالكها أن يضمنه قيمتها وقت غصبه، وأما تضمين الغاصب فقد جاء فى الأصل كما ذكرنا أنه يضمن قيمة الشاة وقت غصبها أو قيمتها وقت تسليمها بعد بيعها بلا ذكر خلاف، ولكن روى الحسن عن أبى حنيفة وابن سماعة عن محمد عن أبى حنيفة أنه لا يضمن قيمتها وقت تسليمها بعد البيع وإنما يضمن قيمتها وقت الغصب، أما وجه ما جاء فى الأصل من التخيير فى تضمين الغاصب القيمة عند الغصب أو القيمة عند البيع والتسليم فمرده إلى أن تضمينه القيمة وقت الغصب إنما هو مبنى على تعديه بالغصب وأن تضمينه القيمة وقت البيع والتسليم فهو مبنى على تعديه ببيع وتسليم ما ليس له فكان للمالك أن يضمنه بأى السببين شاء كما لو قتلها الغاصب بعد الغصب والزيادة فإن للمالك التضمين بأى القيمتين شاء قيمتها وقت الغصب وقيمتها وقت القتل.

وأما وجه ما رواه الحسن عن أبى حنيفة فهو أن التضمين بالبيع والتسليم إذا وقع ليس إلا تضمين غصب، والغصب لا يتحقق فى المغصوب فعلا؛ لأن الغصب لا يتحقق إلا بتفويت يد المالك عن العين المغصوبة واليد إذا فاتت لا تفوت مرة أخرى بعد فواتها، وعلى ذلك لا يكون للتضمين فى هذه الحال سبب إلا الغصب السابق وهو إنما يقتضى التضمين بالقيمة فى وقته وإنما قلنا أن التضمين بالبيع والتسليم ضمان غصب؛ لأن العين لا تزال على ملك مالكها فكان بيعها وتسليمها اعتداء على ملكه ولا يكون عندئذ إلا غصبا، ولا يعد البيع والتسليم غصبا آخر بالنسبة إلى الزيادة؛ إذ لا يتصور أفرادها بالغصب بعد غصب أصلها حتى تصير مضمونة بغصبها بالبيع والتسليم. بخلاف المنفصلة لاستقلالها وانفصالها فأمكن غصبها استقلالا بعد غصب أصلها - ولأن المتصلة بسبب اتصالها كانت تابعة لأصلها وقد صار ملكا للغاصب بالضمان بعد التلف ملكا مستندا إلى وقت الغصب فكانت ملكا له أيضا وكان البيع والتسليم تصرفا فى ملكه لا يستوجب ضمانا(١).

---

(١) المبسوط ج ١١ ص ٥٦.

وجاء فى تحفة الـفقهاء[1]: أن للمالك أن يضـمن الغاصب قيمـة المغصوب يوم الغـصب فـقـط وليـس له أن يضـمنه قـيمـة الزيادة المتصـلة يوم البيع والتـسليم وله أن يضمن المشترى قيمة المغصـوب مع زوائده المتصلة يوم البيع والتسليم، وذلك ما يتفق مع ما رواه الحسن عن أبي حنيفة، وهو ما ذكرناه آنفا، وبناء على ذلك يبين أنهم لم يذكروا فى تضمين المشتـرى إلا قولا واحدا هو تضمينه قيـمة ما قبضه عند قـبضه ـ الأصل مع الزوائد المتصلة ـ وأما البائع فـالموجود فى المبسوط أن للمالك أن يضمنه إحـدى القيمتين إما القيمـة عند غصبه، وإما القيمـة عند تسليمه وهى قيمة المجـموع، ثم ذكر أن القول الأول وهو ظاهر الرواية وهو قول الصاحبين، وأن الثانى قول أبى حنيفة كما نقله الحسن وذلك أيضا ما جاء فى تحفة الفقهاء.

أقول:ذلك بيّن بالنسبـة إلى العين كما هو واضح فى الاستدلال، أمـا بالنسبة إلى الزيادة فذلك محل تساؤل؛ إذ من المقبول أن يضمنها البائع أيضا ضمان اعتداء على أنها أمانة كانت فى يده فـسلمها لغير مالكهـا على جهة التمليك وذلك تعد على مـال الغير بالبيع والتسليم وهو موجب للتضمين، وإن لم يعد غصبا فإذا تلفت مع أصلها ضمنها.

وقد ذكر ذلك الحاكم الشـهيد فى المنتقى وحكى الخلاف كمـا ذكره الطحاوى فى مختـصره، وذلك خلاف مـا ذهب إليه الصاحبـان؛ إذ رأيا تضمين البائع قيـمة الأصل وقيمـة الزيادة بناء على أن البيع والتسليـم غصب لها؛ لأن ذلك يعد تفـويتا بالنظر إلى المالك فقد كان فى استطاعته وإمكانه أن يسترد ما غصب منه بزيادته قبل بيـعه وتسليمه وليس له ذلك بعد التـسلم فزالت مكنته، وذلك تفـويت ليده معنى لعجـزه بسبب ذلك عن أن ينتفع بماله، فـكان تعديا موجـبا للتضـمين، ولهذا وجب الضمـان على غاصب ووديع الغاصب والمشترى من الغاصب.

* * *

وعلى قول الشافعى وأحمد وبيانهما لحقيقة الغصب كان أخذ المال من آخر بطريق الحياء ـ له حكم الغـصب عندهما فلا يملك بذلك الأخذ لانعـدام الرضا وكذلك الحكم

---

(١) ج ٣ ص ١٢٧.

عند أبى حنيفة إذا كان معطى المال فى درجة المكره ـ ولو ركب دابة غيره، بدون إذن صاحبها، أو جلس على بساط بدون إذن مالكه فهو غاصب عندهما، وإن لم ينقله من مكانه لتحقق الاستيلاء بالانتفاع بالجلوس عليه فعد بذلك متعديا وإن لم يقصد الاستيلاء خلافا لأبى حنيفة، لأن البسط فعل لمالكه لم يزل أثره بالجلوس عليه فتبقى يده ما بقى أثر فعله ـ غير أن بعض الشافعية ذكر أن الاستيلاء على المنقول لا يتحقق فى أكثر صوره إلا بنقله أو بمنع صاحبه من أن ينتفع به أو من التسلط عليه.

ولو جلس على فراش، ثم انتقل عنه فجلس عليه آخر، فكلاهما غاصب عند الشافعية، إذ لا يزول الغصب الأول بالانتقال فإن الغاصب لا يبرأ إلا بالرد إلى المالك ولو تلف البساط فإن كان تلفه فى يد الثانى فهو الضامن وحده وإن تلف بعد أن انتقل عنه أيضا فالضمان عليهما[١].

ولو دخل دار غيره فأزعجه أو أخرجه منها فغاصب، وإن لم يدخلها خلافا لأبى حنيفة وعلى الجملة فالمناط عندهما تحقق الاستيلاء عرفا.

ما يصح غصبه من المنافع:

وما يغصب من المنافع عند القائلين بغصبها هو ما يصح استئجاره لا ما لا يجوز فيه الإجارة؛ ولذا يتحقق فى منافع الحر وذلك باستخدامه واستعماله قهرا عنه أو بحبسه ومنعه عن العمل،أما منعه من العمل من غير حبس فلا يعد غصبا موجبا للضمان لعدم تحقق الاستيلاء[٢].

القول فى غصب العقار:

ومن نتائج خلافهم فيما يتحقق به الغصب خلافهم فى غصب العقار، فقد ذهب أبو حنيفة وأبو يوسف إلى أن الغصب لا يتحقق فى العقار لأنه لا يكون إلا فيما ينقل، وذهب محمد وزفر وبقية المذاهب المتقدمة إلى تحقق الغصب فى العقار؛ ذلك لأن

---

(١) نهاية المحتاج ج ٥ ص ١٤٣.

(٢) راجع تبيين الحقائق للزيلعى ج ٥ ص ٢٢١ وبدائع الكاسانى ج ٧ والبداية ج ٢ لابن رشد ،نهاية المحتاج ج ٦ للرملى والشرح الكبير وكشاف القناع ج ٢ فى أول كتاب الغصب.

الغصب يتحقق بأمرين: إثبات اليد المعتدية وإزالة اليد المحقة، وذلك ما يتحقق فى العقار، إذ إن اليد ليست إلا عبارة عن القدرة على التصرف وعدم اليد إنما يتمثل فى عدم القدرة على التصرف، وذلك ما يكون عند وضع الغاصب يده على العقار، ومن ضرورة ذلك انتفاء يد المالك وذلك ما يقتضى تضمين الغاصب كما يضمن فى المنقول بذلك،وهذا ما يقرره الحديث: «من غصب شبرا من أرض طوقه الله يوم القيامة من سبع أرضين».

ولأبى حنيفة أن الغصب تصرف فى المغصوب بإثبات يد الغاصب عليه، وإزالة يد المالك ولا يكون ذلك إلا بالنقل. والعقار لا يمكن نقله، وأقصى ما يمكن فيه إخراج المالك عنه، وذلك تصرف فى المالك لا فى العقار فلا يوجب الضمان كما إذا أبعد مالك المواشى عنها فضاعت أو تلفت فإنه لا ضمان عليه، إذ لم تكن المواشى محلا لفعل ترتب عليه ضياعها أو تلفها.

أما ما جاء فى الحديث من إطلاق الغصب على أخذ العقار فمن باب المجاز كما فى إطلاق البيع على بيع الحر فى قوله ﷺ: من باع حرا - وهذا إلى أن مقتضى الغصب ضمان المغصوب ولا ضمان مع وجوده، لأن الواجب حينئذ هو استرداده ودفعه إلى مالكه والعقار باق لا يلحقه العدم.

ولا يخلو هذا من نقد فإن الغرض من اليد القدرة على الانتفاع، وإذا فاتت القدرة فاتت اليد وذلك ما يتحقق عند استيلاء الغاصب على المغصوب، إذ يحول بين مالكه وبين أن ينتفع به وذلك كاف فى تحقق الغصب؛ ولذا يضمن الغاصب ما نقصه العقار المغصوب بالسكنى أو بالزراعة أو نحوهما اتفاقا كالحكم فى المنقول، غير أن أبا حنيفه وأبا يوسف يقولان: إن هذا ليس من قبيل ضمان الغصب وإنما هو ضمان إتلاف، والعقار يضمن بالإتلاف كأى مال؛ إذ لا يشترط فى ضمان الإتلاف زوال يد المالك عن المال المتلف عندئذ، ومثال ذلك دابة الغير إذا ركبها آخر بغير إذنه دون أن يسير بها فهلكت فى مكانها لم يضمن لعدم فعل فيها ترتب عليه هلاكها، ولكن لو تلفت بسبب ركوبه إياها وسيرها ضمن لوجود الإتلاف بفعله.

موجب الغصب والتعدى والضمان الواجب

يطلق الفقهاء اسم الضمان كثيرا على ما يجب من مال عوضا عما تلف من مال. وأساس وجوبه ما رواه سعد بن مالك بن سنان الخدرى عن رسول الله ﷺ قال: «لا ضرر ولا ضرار».

والضرر هو الأذى يصيب إنسانا ابتداء أو انتهاء... والضرار هو الأذى يصيبه على وجه المقابلة والجزاء وقصد الضرر دون مراعاة للمماثلة التى يدل عليها قوله تعالى: ﴿فَمَنِ اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ... ﴿١٩٤﴾﴾ [البقرة] أوقوله تعالى: ﴿وَجَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِّثْلُهَا ... ﴿٤٠﴾﴾ [الشورى] وقيل الضرر: أن يؤذى الإنسان غيره بما فيه نفع له، والضرار أن يؤذى غيره بما لا نفع له فيه، واختار هذا ابن عبد ربه وابن الصلاح. وقيل: هما بمعنى واحد والجمع بينهما للتأكيد، وأولى الأقوال بالقبول هو القول الأول؛ لأن الضرار مفاعلة وهى تقتضى المشاركة.

وبالضمان يجبر الضرر بإعادة مال المضرور إلى ما كان عليه قبله ما أمكن ذلك، وذلك ما تدل عليه القاعدة الفقهية، وهى الضرر يزال، وإزالته تكون بالتضمين، وهو الحكم بالضمان، وذلك يكون بإلزام المعتدى بمثل ما أتلفه من المال، لتأديته إلى التعويض على وجه الكمال.

ويرى الحنفية أن موجب الغصب عند قيام المغصوب وسلامته وعدم تغيبه على ما سنبين هو رده إلى مالكه، وذلك هو موجب كل يد وضعت على مال لغير صاحبها اعتداء، ولا خلاف فى ذلك بين بقية المذاهب، وذلك لقوله ﷺ: «على اليد ما أخذت حتى ترد» ولقوله: «لا يحل لأحدكم أن يأخذ مال أخيه لاعبا ولا جادا وإن أخذه فليرده». ولأن أخذ المال يفوت على صاحبه يده، وهى وسيلته إلى تحصيل ثمراته من الانتفاع والتصرف. وذلك ضرر يجب دفعه عنه على أتم صورة، وذلك إنما يكون برده فى مكان غصبه؛ لأن المالية تختلف باختلاف الأماكن وباختلافها تتفاوت القيم، وعلى ذلك كان هو الموجب الأصلى عند الفقهاء، ومنهم جمهور الحنفية؛ لأنه أعدل وأكمل فى رفع الضرر صورة ومعنى، فإذا تعذر رد عين المال بسبب تلفه، أو بسبب تعييبه تعييبا يذهب بمنفعته التى تطلب منه عادة، أو بسبب تغييره تغييرا تتغير به أكثر منافعه ويزول به اسمه، أو بسبب خلطه بمال آخر على ما سبق بيانه كان الواجب حينئذ هو رد البدل أو العوض على وجه الجبران مقصودا بهذا السبب، ثم يثبت الملك به للغاصب شرطا للقضاء بالقيمة لا أثرا مقصودا بالغصب وكان ذلك مخلصا يصار إليه حينئذ باعتباره عوضا أو بدلا عن الواجب الأصلى، وذلك يكون بأداء القيمة أو المثل على ما نبين.

وعلى هذا لو أتى الغاصب بالقيمة أو بالمثل لم يقبل ذلك منه عند قيام المغصوب إلا إذا رضى مالكه ، وعندئذ يكون هذا من قبل المعارضة التى تعتمد على الرضا بين طرفيها.

ومن نتائج ذلك براءة الغاصب برد عين المغصوب ولو على غير علم بذلك من مالكه كأن يسلمه إليه بهبة مثلا أو بإيداع أو بإعارته إياه أو بيعه إياه. ولولا أن رده هو الواجب ابتداء ما برئ إلا بقبض المالك على علم منه به كما فى قبض مثله أو قيمته إذ لا يبرأ عندئذ إلا إذا قبضه على علم بأنه يقبض عوض المغصوب.

ويتحقق الرد إلى المالك بإثبات يده عليه وبذلك يبرأ الغاصب من الضمان سواء أعلم الغاصب بأن ما رد إليه هو ماله أم لا،كما لم يكن علم الغاصب أن المال لغيره شرط فى تحقق غصبه.

وعلى ذلك يعد الطعام مستردا، إذا قدمه غاصبه إلى مالكه، وإن لم يعلم أنه ماله فإذا أكله فقد استهلك مال نفسه فلا ضمان عليه عند الحنفية خلافا للشافعى ومالك؛ إذ يشترطان فى براءة الغاصب علم المالك بأن ما رد إليه ماله حتى لا يكون مغرورا.

والرد من غاصب الغاصب إلى الغاصب يبرئه من الضمان وإن كان على علم بالغصب لاعتبار يد الغاصب كيد المالك من وجه ويستقر الضمان حينئذ على الغاصب.

وإنما يبرأ الغاصب برد المغصوب إذا رده سليما كما أخذه دون أن يكون قد حدث له عنده ما يؤدى إلى تلفه أو تعييبه بعد حين، وعلى ذلك إذا أصاب الشاة المغصوبة عند الغاصب ما سبب مرضها بعد ردها إلى مالكها فنفقت من ذلك المرض أو نقصت قيمتها فإن ضمان الغاصب لا ينتهى بذلك الرد إذا كان عليه أن يرد المغصوب سليما كما أخذه سليما، ولذا ذهب أبو حنيفة إلى إلزامه بقيمتها عند تلفها أو بقيمة نقصها عند نقص قيمتها؛ لضمانه إياها حتى ترد إلى مالكها سليمة(١).

وإذا عجز الغاصب عن رد المغصوب بأى سبب وجب عليه ضمانه.

ويرى مالك أن تقديم الطعام المغصوب إلى مالكه إنما يبرأ به الغاصب إذا قدمه على هيئته، أما إذا غيره ثم قدم إليه لم يبرأ وإن كان عالما بأنه طعامه؛ لأنه فى هذه الحال إنما قدم مالا مملوكا له بسبب تغييره لا مملوكا لمن قدمه إليه.

---

(١) الزيلعى ج ٥ ص ٢٣٣.

ويعتبر من قبيل الرد للمالك إقراضه إياه وبيعه له وإجارته منه ورهنه إياه وإعطاؤه إليه قراضا، وذلك إذا كان عالما به عند الشافعى ومالك.

وذهب آخرون من الحنفية إلى أن الموجب الأصلى هو أداء القيمة أو دفع المثل؛ لأن الذمة إنما تشغل بالواجبات، ولا يتصور واجب إلا فى فعل أو دين،وليس شىء من ذلك يعين ولا تشغل الذمة بها وإن شغلت بردها، لأنه فعل فإذا ردها برئت ذمته كما لو أبرأه المالك عن الضمان حال قيام العين، إذ لا يجب عليه الضمان حينئذ بهلاكها بخلاف الإبراء عن العين، إذ لا يصح لعدم شغل الذمة بها؛ لأن صحة الإبراء تستلزم شغل الذمة بالمبرأ دينا كان أوفعلا. وإنما صح الإبراء عن الضمان حال قيام العين لاعتباره واجبا شاغلا للذمة على أساس وجوبه بالغصب وأنه الأثر المترتب عليه ابتداء وإن رد عين المغصوب مخلص من هذا الضمان لارتفاعه عندئذ بارتفاع سببه وذلك برد العين إلى المغصوب منه ووصول حقه إليه كاملا بهذا الرد وزوال الاعتداء الموجب للضمان بذلك لتعين العين المغصوبة حقا له. ومما يدل على شغل الذمة بالضمان حال قيام العين أنه لو كان للغاصب نصاب من نصيب الزكاة ذهبا أو فضة مثلا انتقص منه ضمان المغصوب مع قيامه كما ينتقص أيضا بالدين حتى لا تجب فيه الزكاة عندئذ لنقصه وعدم اعتباره فاضلا عن الحوائج الأصلية، وذلك لا يكون ولا يتصور شرعا إلا عند شغل الذمة بما هو دين كالقيمة أو المثل،وليس لدينا عند قيام العين المغصوبة إلا شغلها بهذا الضمان بناء على الغصب فكان ذلك هو الواجب ابتداء به. وليس ينقض ذلك أنه لا يصار إلى التضمين بالقيمة والإلزام بها مع القدرة على رد العين، إذ لو كان هو الواجب الأصلى كما ذكرنا لألزم به الغاصب ابتداء فإن الجمعة خلف عن الظهر ولا يصار إليه مع كونه الواجب الأصلى عند القدرة على الجمعة.

وإنما يبرأ الغاصب بتسليم عين المغصوب إلى مالكها مع عدم علمه بذلك، ومع شغل ذمته بالقيمة أو المثل مع أنه غير الواجب حينئذ على هذا الزعم؛ لتعين العين المغصوبة حقا له كما قلنا بخلاف المثل أو القيمة لعدم تعين حقه فيهما إلا بقبضهما؛ إذ يتمثل حقه فى أى مثلى أو أية قيمة؛ ولذا لا يتعين فى المقبوض منهما إلا باتفاق الطرفين بخلاف عين المغصوب عند الرد.

أقول: وإذا كان الحكم عدم قبول القيمة أو المثل من الغاصب عند قيام المغصوب وإمكان رده إلا أن يرضى المغصوب منه بذلك فلذلك ما يقطع بأن الواجب ابتداء عند قيام المغصوب وإمكان رده بعينه هو رده وأما دفع القيمة أو المثل فخلف له؛ ولذا وجب

فيـه التراضى لوجود معنى للبـدلية، وإذا ادعى الغاصب تلف المال المغـصوب وليس له دليل على ذلك والمغصوب منه يكذبه حبـسه الحاكم المدة التى يراها مظنة لإظهاره لو أنه كان مـوجودا، فـإن لم يظهره قـضى عليه ببـدله وذلك دليل على أن الرد هو الواجب الأصلى ولا يعدل عنه إلا إذا أظهر عدم إمكانه.

* * *

والذى يظهـر من جملة أقـوالهم أن الغـصب يوجب شغل ذمـة الغاصب ابتـداء بوجوب رد العين المغصوبة، للحديث الذى أشرنا إليه كما يوجب فى الوقت نفسه شغل الذمة بضمانه قـيمة على معنى تعلق ذلك بذمته مجـرد تعلق يترتب عليه الإلزام بالأداء عند تحقيق شرطه(١).

رد قيمة المغصوب أو مثله:

وإذا تعذر رد العين عند وجـوب ردها بسبب من الأسبـاب كتلفهـا أو تعييـها أو تغيرها أو تغـييبها أو خلطهـا كما سبق بيانه وجب تضـمين ذى اليد غاصبا كـان أم غير غاصب فيلزم بأداء مثلها إن كانت مثلية وقيـمتها إن كان قيمية، وذلك لأن إيجاب المثل عند وجوده أعدل وآثر فى التعويض وجبر الفائت من ناحية الصورة والمعنى فكان لذلك أولى من إيجاب القيمة عند إمكانه، لأن التعـويض بها معنوى فقط، فإذا لم يوجد كان الواجب القيمة يوم الخـصومة عند أبى حنيفة رحمـه الله، ويوم الغصب أو الاعتداء عند أبى يوسف، ويوم انقطاع المثل عند محمد.

وجه قول مـحمد إن المثل هو الواجب بتلف المثلى فإذا عجـز عنه بانقطاعه انتقل الوجوب إلى القـيمة ولا يجوز الانتـقال إليها قـبل انقطاعه لقصورها فى التـعويض من ناحية الصورة وكمال التعويض فى إيجاب المثل، ولأنها إنما وجبت خلفا فلا يصار إليها عند العجـز عن الأصل فتـعين لذلك اعتبـار القيـمة عند العجـز عن المثل وذلك وقت انقطاعه.

ووجه قول أبى يوسف أن التـالف بانقطاع مثله التحق بالقيـمى، وكان له حكمه وإنما تعتبر قيمته وقت الغصب أو الاعتـداء، ولأن القيمة لما كانت خلفا كانت واجبة بما يجب به أصلها فاستند إليه فى وقتـه - ووجه قول أبى حنيفة أن المثل هو الواجب ابتداء

---

(١) تبيين الحقائق للزيلعى ج ٥ ص ٢٢٢.

بالاعتداء فتشغل به الذمة حتى يقضى القاضى بالقيمة خلفا له، ولهذا لو خير المالك إلى أن يعود الوجوب إلى المثل بعد صدوره القضاء بها إذا ما وجد بعد ذلك كان له ذلك فتعتبر وقت القضاء.

وحد الانقطاع عدم وجوده فى السوق الذى يباع فيه عادة وإن وجد فى البيوت.

أما القيمى فالمعتبر فيه قيمته يوم غصبه أو وقت الاعتداء عليه إذا لم يكن مغصوبا، لتعذر الالتجاء إلى المثل حينئذ فوجب فى التعويض ما هو فى حيز الإمكان[١].

وفى جامع الفصولين: غصب شاة فسمنت ثم ذبحها ضمن قيمتها يوم غصبها لا يوم ذبحها، وفى مخالفات أبى الليث أن هذا قول أبى حنيفة، أما عندهما فإنه يضمن قيمتها يوم ذبحها، أما لو تلفت بلا إتلاف فإنه يضمن قيمتها يوم غصبها[٢]. وفى جواهر زاده: غصب بقرة قيمتها مائة فسمنت وصارت مائتين ثم باعها خير مالكها بين أن يضمن الغاصب قيمتها يوم غصبها وهى مائة وبين أن يضمن المشترى قيمتها يوم قبضها مائتين عندهما لا عند أبى حنيفة.

أقول: وهذا عند تلفها تحت يد المشترى ؛ووجه قولهما أن وقت اعتداء المشترى عليها هو وقت قبضها وكانت قيمتها عند ذلك مائتين وقد تقدم هذا.

ومما يجب رده أيضا مع الأصل الزيادة المنفصلة، ومئونة الرد على المعتدى كما وجبت على المستعير فى رده العارية.

والرد على الغاصب الأول يبرأ به الغاصب الثانى من الضمان؛ لأن يد الغاصب الأول فى هذه الحال تعد كيد المالك.

ويرى الشافعية أن على الغاصب أن يرد المال المغصوب إلى المغصوب منه فورا عند التمكن وإن عظمت مئونة رده حتى جاوزت قيمته، ويرده إليه ببلد الغصب إن كان به أو حيث انتقل إن انتقل عنه، للحديث السابق.

ويرى أحمد أن عليه أن يرده إليه محل غصبه وإن بعد ولو غرم فى ذلك أضعاف قيمته فإن قال ربه: دعه فى مكانه وأعطنى أجرة رده وإلا ألزمتك برده لم يلزمه ذلك.

---

(١) الزيلعى ج ٥ ص ٢٢٣ والمبسوط ج ١١ ص ٢٩ ورد المحتار وابن عابدين عليه ج ٤ ص ٩١٢.
(٢) ج ٣ ص ١٩٣.

ويبرأ بالرد لمن غصب منه من نحو وديع ومستأجر ومرتهن لنيابتهم عن المالك فى اليد.

ويجب الرد عليه ما دام قادرا عليه لم يمنع منه مانع وذلك محل اتفاق. فإن منع من الرد مانع وجب التضمين بالقيمة إن كان قيميا وبمثله إن كان مثليا لا خلاف فى ذلك بين الحنفية والشافعية والحنابلة.

غير أنه إذا كان مثليا فالشافعية يرون التضمين بمثله إن وجد له مثل، فإن لم يوجد له مثل فالواجب دفع قيمته كالقيمى.

والأصح أن المعتبر عندهم هو أقصى قيمة له حينئذ من وقت الغصب إلى تعذر المثلى؛ لأن وجود المثل كبقاء المغصوب بعينه، لكونه مأمورا برد المغصوب أو رد المثل فإذا لم يستطع غرم أقصى قيمة له فى تلك المدة، إذ ما من وقت يحل منها إلا طولب فيه برده أو برد قيمته إن لم يمكن رده، وإذن تجب قيمته حين طلبها، أما لو كان المثل مفقودا عند التلف فيجب أرفع قيمة من وقت الغصب إلى وقت التلف، ومقابل هذا القول تسعة أقوال أخرى نذكرها بيانا لاختلاف النظر.

أولها: يعتبر الأقصى من وقت الغصب إلى وقت التلف، **وثانيها**: من وقت التلف إلى وقت التعذر، **وثالثها** من وقت الغصب إلى تغريم القيمة والمطالبة بها، **ورابعها**: من قطاع المثل إلى المطالبة، **وخامسها**: من وقت التلف إلى المطالبة، **وسادسها**: المعتبر قيمة التالف وقت التلف، **وسابعها**: قيمته وقت الإعواز، **وثامنها**: قيمته يوم المطالبة، **وتاسعها**: إن كان منقطعا فى جميع البلاد فقيمته يوم الإعواز وإن فقد فى تلك البقعة اعتبرت قيمته يوم الحكم بالقيمة.

ولو نقل المغصوب المثلى إلى بلد آخر فلمالكه أن يكلف الغاصب رده، فإن لم يرد طالبه بقيمته قبل الرد لوجود الحيلولة بينه وبين ملكه.

والمعتبر قيمته من وقت الغصب إلى وقت المطالبة وامتنع عليه المطالبة بالمثل فى هذه الحال، لثبوت التراد فيها؛ وذلك باستردادها إذا رد المغصوب وقد تتغير قيمة المثل فيحصل الضرر عند ارتفاعها، أما القيمة فشيء واحد وعندئذ يملكها الآخذ ملك قرض لينتفع بها على حكم أو رد بدلها عند رد العين المغصوبة، فإذا رد المغصوب استردها، إن كانت باقية وإلا رد بدلها.

فإن تلف المغصوب المثلى فى البلد الذى نقل إليـه، أو عاد إلى بلد الغصب سالما فتلف فيه كان للمغصــوب أن يطالب بالمثل فى أى البلدين شاء لتوجه رد العين المغصوبة عليها فـيهما، إذ له المطالبـة فى أى موضع شاء من المواضع والأماكن التـى وصل إليها المغصــوب، فإن لم يوجد له مـثل وجب التضمين بأقـصى قيم المحال التى وصل إليــها المغصوب.

ولو ظفر بالغاصب فى غير بلد التلف مع وجود المغصوب المثلى فالصحيح أنه إذا كان لا مـئونة لنقله كالنقــد اليسيــر والطريق آمن فله المطالبة بالمثل لعـدم الضر، وإلا لا مطالبة له بالمثل، وليس للـغاصب أن يكلفه قبـوله لما فيه من الضرر والمئـونة بل يضمنه قيمـة بلد التلف، وإن لم تكن بلد الغصب إذا كانت هى أقصـى قيم المحال التى وصل إليها وإلا وجب التضمين بأقصى قيمة.

وضمانها حينئذ للحـيلولة فليس للغاصب استردادها وبذل المثل ولا للمالك ردها وطلب المثل إذا اجتــمعا فى بلد الغـاصب ـ وقيل: له المطالبة بالمثل مطلقـا. وقيل: إن كانت قيمة ذلك البلد مثل قيمة بلد التلف أو أقل طالبه بالمثل وإلا لا.

أما إذا كان المغــصوب قيميا فيـضمنه الغاصب بأقصى قيـمة له من وقت الغصب إلى وقت التلف لمطالبـته بالرد فى جـميع الأوقات والأحـوال، فإذا لم يرد كـان ضامنا للبدل فى وقت كـانت له فيه أقصى قيـمة، وهذا بخلاف ما ضــمن بسبب الإتلاف بلا غصب، إذ يضمن بقيمته وقت الإتلاف(١).

ولو صار المثلى متقوما فتلف أو صار مثليا آخر أو صار المتقوم مثليا كما لو جعل الدقيق خبـزا أو السمسم سرجا أو الشــاة لحما فإنه يضــمن المثل سواء أساوت قيمــته ما صار إليه أم لا وذلك فى الحال الأولى وهى ما إذا صار المثلى متقوما، وفى الثالثة ما لم تكن القيمة فيما صار إليه أكثر فيـضمن القيمة التى صار إليها. أما فى الحال الثانية وهى ما إذا صار المثلى مثليا آخر فإنه يتخير بين المثلين.

وذهب الحنابلة إلى أنه إذا تلف المـغصـوب بآفة سـماوية أو بإتلاف الغـاصب أو بفعله فيه أو بفعل أجنبى ضمنه الغاصب أو من أتلفه بمثله إن كان مثليا والمراد مثله حين الغصب إن بقى على حاله فإن تغير بعد الغـصب كرطب صار تمرا كان للمالك التضمين

---

(١) نهاية المحتاج ج ٥ ص ١٦٣ وما بعدها.

بأى المثلين أحب فإن لم يوجد له مثل، لعدم أو بعد أو غلاء فعلى الغاصب قيمة مثله يوم إعوازه فى بلد الغصب،فإذا قدر على المثل قبل أداء القيمة لزمه. فإن كان قيميا ضمنه بقيمته يوم تلفه فى بلد غصبه من عمد إلى ذلك التلف، وكذلك الحكم فيما أتلف بلا غصب[١]. وفى المغنى أنه يضمنه بأعلى قيمة له فى مدة الغصب فإذا كان الضامن غاصب الغاصب ضمنه بأعلى قيمة له فى مدة اعتدائه، أى مدة غصبه إياه من غاصبه.

وعند مالك يضمن الغاصب باستيلائه على المغصوب عقارا كان أو منقولا فيتعلق الضمان بذمته بمجرد استيلائه عليه للحيلولة بين المغصوب وبين مالكه ولكن لا يحصل الإلزام بالضمان وأدائه إلا بتلفه لدى الغاصب بأى سبب من أسباب التلف أو إذا حدث به ما يعد تفويتا له، ولذا تلزمه قيمته وقت غصبه؛ لأنه وقت الاعتداء بالحيلولة بينه وبين مالكه وهو وقت تعلق الضمان بذمته، وذلك إن كان قيميا فإن كان مثليا لزمه مثله فإن لم يوجد له مثل لزمته قيمته يوم فقد المثل.

وإذا كان المغصوب مما له إبّان يوجد فيه صبر المالك إلى زمن وجوده فيعطى مثله إن تيسر ذلك وإلا كان له القيمة. وقيل يضمن القيمى بأعلى قيمة له فيما بين وقت غصبه ووقت تلفه وهو قول الشافعى.

وإذا كان الإتلاف فى غير غصب فالواجب به ضمانه بقيمته وقت التعدى عليه.

وحاصل المذهب أن غاصب الذات أو من يحوزها تعديا يتعلق بذمته ضمانها من يوم التعدى عليها للحيلولة بينها وبين مالكها ويضمن غلتها فعلا من يوم استعمالها أو كرائها.

وأما غاصب المنفعة وهو المعتدى فى عرفهم فيضمن قيمتها بمجرد فواتها وإن لم يستعملها، ويجب مع ذلك رد العين مادامت قائمة، فإن تلفت وجب أداء الضمان كما بينا، غير أن تلفها فى هذه الحال إن كان بغير اعتداء من المعتدى أو من أجنبى أو كان بأمر سماوى، أى لا يد للمعتدى فيه فلا ضمان عليه وكان ضمانها على مالكها كما إذا تلفت تحت يده؛ ذلك لأن مجرد وضع يده على العين لا يعد اعتداء عندهم حتى يكون فيه ما يعد اعتداء على الذات كأن يتصرف فيها، وبناء على ذلك لا يتحمل تبعة

---

(١) راجع الخرشى ج ٥ ص ١٦٣ والشرح الكبير والدسوقى عليه ج ٣ ص ٤٤٤ وما بعدها والبداية ج ٢ ص ٣٦٣.

هلاكهابأمر سماوى، أما إن تلفت بالاعتداء عليها فإن ضمانها على من أتلفها. جاء فى الخرشى: ومن غصب دابة أو دارا أو ما أشبه ذلك فاستعملها بأن ركب الدابة أو سكن الدار فتلفت الذات بأمر سماوى فإنه يدفع قيمة المنفعة فقط؛ لأنها هى التى تعدى عليها ولا شيء عليه فى الذات والمراد بالسماوى ما لا سبب للمعتدى فيه، وهذا إذا كان الغصب للمنفعة لا للذات.

غير أنها إن كانت مثلية فضمانها بأداء مثلها ولو غلا ثمنه بعد التلف وإن كانت قيمية كان ضمانها بأداء قيمتها يوم التلف لا يوم الغصب؛ ذلك لأن مجرد وضع اليد غصبا على المال يترتب عليه الضمان فعلا كما ذكرنا وإنما يترتب الضمان على التلف أو الإتلاف[1].

وعلى ذلك إذا حال شخص بين مال وصاحبه تعديا تعلق ضمانه بذمته تعلقا لا يترتب عليه مطالبة ببدله فى الحال وإن لم يعيبه، فإن عيبه ترتب عليه التضمين فعلا ـ كما يترتب على جحود الوديعة.

وفوت المثلى بنقله إلى بلد آخر أما القيمى فلا يعد نقله إلا إذا كان فى نقله كلفة واحتاج إلى حمل ومشونة، والفوت كما يكون بالنقل يكون بالتغييب، وإذا اعتبر فائتا كان مالكه مخيرا بين أخذه عند حضوره وأخذ قيمته فى الحال ولا رد لعينه مع الفوات بأى سبب يتحقق به الفوات وإن لم تذهب مادته[2].

وإذا أتلف أجنبى مالا مغصوبا وهو لدى غاصبه كان لمالكه الخيار بين تضمين الغاصب قيمته يوم الغصب وتضمين الأجنبى وقت الإتلاف، فإذا كانت أكثر من قيمته وقت الغصب فالزيادة للمالك وإن قلت عن قيمته يوم الغصب رجع المالك بالفرق بين القيمتين على الغاصب ولا رجوع له على المتلف، وإنما ضمن الغاصب قيمته وقت الغصب لاستناد تلفه إلى يوم غصبه؛ نتيجة لتعديه كما فى المال يتلف بسبب سماوى، ويضمن المتلف القيمة وقت إتلافه لتعديه فى ذلك الوقت المستوجب لضمانه، والمعتبر بالنسبة إلى الغاصب قيمته وقت غصبه فلا يسأل عن زياته بعد ذلك بسبب زيادة السعر، وإذا نقص المغصوب كان نقصه مضمونا عليه ويجبر النقص بعوده إلى ما كان عليه.

---

(١) راجع الخرشى ج ٥ ص ١٦٣ والشرح الكبير والدسوقى عليه ج ٣ ص ٤٤٤ وما بعد والبداية ج ٢ ص ٢٦٣.

(٢) الخرشى ج ٦ ص ١٦١ والشرح الكبير ج ٣ ص ٤٤.

وذهب أهل الظاهر وبعض فقهاء المدينة إلى أن الواجب فى إتلاف القيمى مثله متى وجد ولا تجب إلا عند عدمه، واستندوا فى ذلك بما أخرجه أبو داود من حديث أنس أن رسول الله ﷺ كان عند عائشة رضى الله عنها فأرسلت إحدى أمهات المؤمنين جارية لها بقصعة فيها طعام فضربتها بيدها فانكسرت القصعة فأخذ رسول الله ﷺ الكسرتين فضم إحداهما إلى الأخرى وجعل فيها جميع الطعام، ويقول: غارت أمكم، كلوا كلوا، حتى جاءت قصعتها التى فى بيتها وحبس رسول الله ﷺ القصعة المكسورة حتى فرغوا فدفع الصحيحة إلى الرسول وحبس المكسورة فى بيته. وقد روى أن عائشة رضى الله عنه سألته ما كفارة ما صنعت قال: «إناء بإناء وطعام بطعام».

* * *

وإذا كان المال تحت يد ضمان سواء أكانت يد غصب أم يدا أخرى وضعت تعديا أو دل دليل شرعى على تضمين صاحبها وإن لم توضع اعتداء ثم تلف بأى سبب من أسباب التلف ولو لم يكن لصاحب اليد يد فيه ضمن قيمة ما تلف كلا أو بعضا إن كان قيميا ومثله إن كان مثليا، وفى حكم الإتلاف ما فى معناه من تعييب يذهب بمعظم منافعه التى تتطلب منه عادة أو تغيير تتبدل بسببه منافعه جميعها بمنافع أخرى كما فى طحن البر وعجن الدقيق وخبزه، أو تغييب يحول دون رده إلى صاحبه، أو إنكار لإيداعه إن كان مودعا أو إغراء لظالم حمله على أخذه ظلما، أو نقله إلى بلد آخر عند مالك إذا كان مثليا أو قيميا لنقله حمل ومئونة إلى آخر ما ذكر فى بيان أسباب الإتلاف وما فى حكمه فى المذاهب المختلفة.

وإذا وجب ضمان القيمة بسبب من الأسباب التى أشرنا إليها انتهى بذلك ملك مالكها، وصارت ملكا للمتسبب منذ لزمه الضمان من قيمة أو مثل وإن لم يؤده إلى مالكها عند الحنفية. وإذا أديت ثم ردت العين وجب رد قيمتها عند ذلك إلى الغاصب، وليس للغاصب أن يحبس العين لاسترداد قيمتها إذا ما طلبها مالكها ولم يكن ضمانها بناء على قوله ورضاه كما سبق ذلك، وهذا لوجوب ردها إليه بناء على طلبه حينئذ؛ لأنه الواجب الأصلى.

والقاعدة العامة أن التعويض لا يستحق نظير ما فات المضرور من ربح ولا ما حل به من خسارة إلا أن يكون ذلك عند تلف شىء مالى مادى، ولا عبرة بتغير الأسعار، فإذا نقص بسببها سعر المغصوب لم يكن على الغاصب بسبب ذلك ضمان؛ وهذا بخلاف الحكم فى حال التعدى عند مالك إذ يضمن المعتدى فى هذه الحال نقص السعر، كما أشرنا إلى ذلك فيما سبق.

وكذلك لا نظر إلى ما يصاحب الغصب من ظروف وملابسات تقتضى التشديد؛ لأن الأمر فى الضمان مبنى على جبر الفائت فعلا، أما النظر إلى الظروف فأمر يتعلق بالتعزير، وإن جاز التعزير على الغصب والتعدى على الأموال.

ما يتخير فيه المالك بين التضمين والتمسك بماله:

من هذه الأسباب المتقدمة ما يستوجب تضمين قيمة جميع العين مع إمكان الانتفاع بها فى الجملة، وذلك لزوال معظم منافعها التى تطلب منها عادة، وإن صارت بعد ما أصابها منتفعا بها انتفاعا آخر جديدا أو أقل مما كان لها، كما فى البر يطحن، والدقيق يعجن ويخبز ؛وذلك إذا ما أصر المالك على التضمين وإلا كان له أن يتخير بين التضمين بمطالبته بالقيمة أو المثل مع ترك المال للمعتدى وبين تمسكه بما له مع المطالبة عما أصابه من نقص إن كان من نتائج ما حدث نقص وذلك بأخذ الفرق بين القيمتين: قيمة المال بعد تعيبه أو تغييره، وقيمته وقت الاعتداء عليه.

أما إذا لم يترتب على ذلك نقص فلا يكون له سوى ماله لعدم الضرر دون أن يلتزم بشىء للمعتدى نظير ما زاده فى المال إن كانت زيادة، لأنها عن اعتداء فلا يستحق بها مال.

ومن الفقهاء من ذهب إلى استحقاقه قيمة الزيادة إذا كانت معلومة؛ لأن الظالم لا يظلم، ولا مبرر لأخذ ماله بلا عوض - وإلى هذا ذهب الحنفية.

وقد جاء فى تبيين الحقائق للزيلعى أن الضابط فى ذلك أنه متى تغيرت العين تغيرا زال به اسمها ومعظم منافعها، أو اختلطت بملك الفاعل بحيث يتعذر التمييز أو يمكن مع الحرج فإن ملك مالكها يزول عنها وتصير ملكا لمن أحدث فيها ذلك بوجوب تضمينه متى كان ذلك إتلافا للعين أو فى معنى إتلافها فيملك قبل أداء ضمانها إذا ما اختار مالك تضمينه، غير أنه لا يجوز له أن ينتفع بها إلا بعد أن يؤدى بدلها إلى مالكها، وعلى هذا فضمان الإتلاف كما يجب بتلف العين وهلاكها يجب أيضا بتلف بعضها وبتعييبها وباستعمالها استعمالا أدى إلى نقص قيمتها - أما نقص قيمتها وهى تحت يد ضامنه بسبب تغير الأسعار فلا أثر له؛ إذ لا يعد انتقاصا فى المال ولا تغييرا فيه، وإنما هو تحول فى رغبات الناس وحاجاتهم إلى ضعف فى الرغبة فيها فقلت بسبب ذلك قيمتها(١).

والتعييب قد يكون فاحشا وقد يكون يسيرا فإن كان فاحشا استوجب ضمان القيمة، أو أخذ العين مع ضمان النقصان كما فى خرق الثوب خرقا فاحشا وذبح الحيوان

---

(١) البدائع ج ٢ ص ١٤٥ والمبسوط ج ١١ ص ٥٧.

المأكول، أما ضمان القيمة فلما حدث من إتلاف العين معنى بسبب فوات بعض العين أو بعض الأغراض الأصلية التى تطلب من العين عادة كالحمل والدر والنسل بالنسبة إلى الحيوان، وأما الاستمساك بالعين مع أخذ ضمان النقصان فلبقاء ذات العين وعدم فواتها كلها وإمكان الانتفاع بها مع هذا النقصان كالأكل منها؛ ولذا إذا كان الحيوان الذى ذبح غير مأكول اللحم تعين ضمان قيمته كلها لوجود الهلاك من كل وجه، والخيار فى هذه الحال للمالك فإن شاء أخذ ماله معيبا مع ضمان نقصه وإن شاء تركه لمن عيبه وضمنه قيمته كاملة.

* * *

أما العيب اليسير فليس فيه إلا ضمان النقصان كالخرق اليسير فى الثوب، وقد اختلفوا فى حد اليسير والفاحش، فذهب بعضهم إلى أن ما يوجب نقص ربع القيمة فاحش وما دونه يسير، وذهب آخرون إلى أن الفاحش ما ترتب عليه نقص نصف القيمة؛ لاستواء التالف والباقى فيخير المالك بين أخذ القيمة وأخذ العين مع ضمان النقصان، والصحيح فى المذهب أن الفاحش ما تلف به بعض العين ومعظم منافعها أو جنس منفعتها ويبقى بعضها وبعض منافعها، واليسير مالا يفوت به نوع المنفعة ولا جزء من العين وتتعيب به العين تعيبا غير معهود.

أما ما يزول به الانتفاع بالعين جملة فهو تلف من كل وجه وأثره التضمين لا غيره، أما زوال بعض المنفعة فهو نقصان أو تلف من وجه، وهو فى واقع الأمر عبارة عن تعيب المنافع مع بقائها ويتمثل فى تفويت الجودة لا غير.

وإذا ما أمكن مراعاة حال الاستهلاك وموجبه ومراعاة النقص وموجبه وذلك بإثبات الخيار للمالك فلا داعى للإلزام بأحدهما وحده مادام أن ذات العين المملوكة ما زالت قائمة.

وقد قال شمس الأئمة السرخسى أن هذا الحكم يجرى فى جميع الأعيان عند تعيبها ما عدا الأموال الربوية فإن التعيب فيها سواء أكان فاحشا أم يسيرا يجعل لصاحبها الخيار بين أن يمسك العين، ولا يرجع بشىء على من عيبها وبين أن يتركها ويضمنه المثل أو القيمة؛ إذ إن تضمين النقصان فيها متعذر وذلك لخطره لما يؤدى إليه من الربا[٢].

* * *

(١) البدائع ج ٢ ص ١٤٥ والمبسوط ج ١١ ص ٥٧.
(٢) تبيين الحقائق ج ٥ ص ٢٢٧ وما بعدها.

وأساس ذلك بقاء مادة المال واستمرار الملك فيها مع الانتفاع به انتفاعا تتوجه إليه رغبات المالك ويطلبه من المال عادة، وذلك ما قد يدعوه إلى الاستمساك به طلبا لمنافعه وهو حق له يترتب على بقاء ملكه فكان له ذلك إن شاء، وإن شاء رأى أن فى ملكه تغيرا وتبدلا صار به شيئا آخر ليس له فيه انتفاعه الذى كان يبغيه منه من قبل، فكان ذلك فى حكم إتلافه، وأن يطلب بناء على ذلك عوضا عنه ممن اعتدى عليه بمايعد كالإتلاف له.

ويبدو لى أن هذا المبدأ مراعى عند غير الحنفية من فقهاء المذاهب الأخرى وإن لم يكن محل إقرارهم جميعا؛ إذ نلاحظ بينهم خلافا فى ثبوت هذا التخيير لمالك المال فى هذه الأحوال؛ فنرى كثيرا منهم يرى وجوب تضمين المعتدى المال كله، وعدم إعطاء الخيار لمالك المال عند استحقاق الضمان عن جميع المال ـ كما نرى فيهم من يجعل للمالك الخيار بين أخذ المال مع المطالبة بالتعويض عن النقصان إن كان هناك نقص وبين تضمين المعتدى قيمة المال على حسب اختلاف الأحوال.

فعند المالكية إذا أقدم شخص على ذبح شاة كان لصاحبها الخيار إن شاء ضمن الذابح ما ترتب على اعتدائه من نقص وأخذ لحم الشاة وإن شاء ضمنه قيمتها كلها وترك لحمها للمعتدى، وكذلك الحكم إذا فعل بشاة يقتات بلبنها ما انقطع به لبنها فإن له الخيار أيضا فى تضمين المعتدى قيمتها أو إمساكها بها مع أرش ذلك، أما إذا كانت النفقة التى فاتت غير مقصودة من العين فليس لمالكها إلا أخذ الأرش، وفى الخرشى أن ما أصاب العين فى يد الغاصب من عيب قل أو كثر بأمر الله فإن ربها يخير بين أخذها معيبة، وبين تضمين قيمتها يوم الغصب، ذهب إلى ذلك أشهب، وكذلك إذا جنى الغاصب عليها. وقد سوى أشهب بين العيب القليل والعيب الكثير[(١)]، وهذا ما جاء فى المدونة؛ ففيها أن ما أصاب العين فى يد الغاصب من عيب قل أو كثر بأمر الله فربها مخير فى أخذها معيبة، أو تضمين الغاصب قيمتها يوم الغصب، وفى الخرشى أيضا فى جناية الغاصب على العين المغصوبة يخير الملك بين أخذ العين مع عوض النقص وبين تضمين الغاصب قيمتها يوم الغصب ـ أما فى جناية أجنبى عليها فى يد الغاصب فإن المالك له الخيرة فى تضمين الغاصب قيمتها يوم الغصب ويتبع الغاصب الأجنبى المعتدى، وفى الاستمساك بعينه وتضمين الجانى النقص، ويرى من هذا أن من المالكية من يرى أن الاعتداء على المغصوب ولو قليلا يجيز لمالكه تضمين الغاصب جميع قيمته؛

---

(١) الخرشى ج ٦ ص ١٦٤.

لما فى هذه النصوص من إطلاق، وقد مثلوا لهذا الغصب بانكسار النهدين بعد قيامهما بالنسبة إلى الأمة، وذلك خلاف ما ذهب إليه بعضهم ولا فرق بين جناية الغاصب، وبين السبب السماوى فى الحكم على مذهب المدونة فى أن المالك يخير فيها بين أخذ قيمة العين يوم غصبها وبين الاستمساك بها[١] مع أرش النقص، وإذا ما اختار المالك أخذ ماله كان له إلزام المعتدى بإصلاح ما أفسد، فإذا أصلحه فعاد بالإصلاح إلى ما كان عليه زال ضمانه [١] كما للمجنى عليه إلزام الجانى بأجر الطبيب فيما لا أرش فيه، ومقتضى ما ذكر أن أى إفساد فى المال يلزم المعتدى بإصلاحه إذا كان لا يترتب زوال المال.

وجاء فى شرح التحفة من كتب الشافعية إذا عيب المغصوب فأحدث فيه ما يسرى إلى تلفه فحكمه حكم التالف فيضمن قيمته أو مثله، وذلك مثل أن يجعل الحنطة هريسة أو الدقيق عصيدة أو يصب الماء على الزيت فيتعذر تخليصه، أو يضع الحنطة فى مكان رطب فتتعفن؛ لأنه لو ترك بحاله لتلف فكان كالهالك، واستحسن بعض الشافعية كالرافعى تخيير المالك بين جعله كالتالف فيطالب بالضمان وبين أخذه مع أرش العيب[٢]. وقيل برده إلى المالك مع أرش النقص كما هو الحكم فى التعييب الذى لا يسرى، وإذا اختار التضمين ملكها الغاصب ولكن ليس له التصرف حتى يؤدى بدلها فعلا، ولا شك أن هذا يختلف باختلاف الأثر فإذا كان الأثر، لا يعد فاحشا ولا تتغير به منافع العين تغيرا جوهريا بحيث لا يعتبر إلا اختلافا فى الجودة لم يكن لمالك العين حينئذ إلا ضمان النقص بين القيمتين، وعلى هذا فالتخيير إنما يكون حيث يمكن أن تعد العين فى حكم التالف.

* * *

وجاء فى التعليقات على كتاب الفروع لابن مفلح الحنبلى فى بيان حكم ما إذا لم يذهب التلف بجميع منافع المال كما إذا تعفن البر أو حولت الحنطة هريسة أو الدقيق عصيدة أن فى ذلك أربعة أقوال:

١ ـ **الأول**: أن للمالك ضمان النقص فقط واختاره الشيخ فى المغنى.

٢ ـ **الثانى**: أن له تضمين المعتدى القيمة كلها كالتالف واختاره كثير من الحنابلة.

---

(١) الخرشى ج ٦ ص ١٧٤، ١٧٣.
(٢) حواشى التحفة ج ٦ ص ٩٦.

٣ ـ الثالث: أنه يخير بين تضمين قيمته كلها وبين أخذه مع ضمان نقصه، واختاره صاحب الترغيب.

٤ ـ الرابع: أنه يخير بين التضمين بالقيمة كلها وبين أن يصبر حتى يستقر الأمر فتتلف العين ويستحق ضمان قيمتها كلها أو لا تتلف فلا يستحق إلا ضمان نقصها، واختاره صاحب الهداية.

ويرى كثير من الحنابلة أن الإلزام بضمان القيمة إنما يكون عند تلف المال كله ـ أما عند بقاء عينه مع الانتفاع به فلا يجب إلا ضمان النقص، وعلى هذا القول فلا تخيير فى حال بقاء العين مع بقاء الانتفاع بها انتفاعا يقصد منها ويرغب فيه.

ومنهم من ذهب إلى التفرقة بين أن يكون النقص سماويا أو غير سماوى فإن كان سماويا لم يكن للمالك إلا أن يأخذه ناقصا فقط أو يضمن الغاصب قيمته كلها يوم الغصب، وليس له قيمة ما نقص[1].

وفى رأيى أن القول بالتخيير تؤيده القواعد العامة فإن العين إذا بقيت مادتها من غير تلف كلى أو بلا عيب تعد معه كالتالفة نهائيا كانت من حق مالكها وكان له أن يمسكها ويستبقيها نتيجة لبقاء ملكه إياها إذ لم يجعل الشارع حدوث تغيير فيها سببا من أسباب انتهاء الملكية، وإذا كان له أن يستبقيها كان له أن يطالب بضمان نقصها إن حدث فى قيمتها نقص؛ لأن ذلك ضرر يجب رفعه وإزالته بالتعويض عنه وله أيضا أن يترك حقه هذا، ويضمن المعتدى قيمتها مع تركها له إذا كان ما أصابها قد أخرجها عن أن ينتفع بها الانتفاع الذى كان يطلبه منها ويرغب فيه، وليس يغنيه حينئذ أن تكون لها منفعة أخرى لأنه قد لا يرغب فيها وليس فى حاجة إليها؛ إذ إنها فى هذه الحال تعتبر بالنسبة إليه كالتالفة فوجب لذلك أن يعوض عنها،ومن أجل ذلك وجب أن يكون له الخيار فى ذلك فإذا ما اختار التضمين تملكها المعتدى بضمانها ولكن لا يتصرف فيها إلا بعد أداء ضمانها فعلا إلى مالكها.

وللمالك مع ذلك أن يختار بقاء ملكه لما غصب منه ويجبر الغاصب على إصلاح ما أفسد منه وإعادته إلى ما كان عليه قبل غصبه؛ لأن إقدامه على أى تغيير فيه محظور

---

(١) الفروع ج ٢ ص ٨٠٤ وكشاف القناع من كتاب الغصب ج ٢.

واجب إزالته متى أمكن ذلك وإلا لم يكن له ذلك الإجبار؛ وإذا قام بإصلاحه فلم يعد إلى حاله كان ضامنا لمقدار النقص - وليس للغاصب أن يقوم بأى إصلاح فى العين المغصوبة بدون إذن مالكها[(١)].

الأيدى المترتبة على يد الغاصب

تعد من أيدى الضمان كل يد ترتبت على يد للغاصب فحلت محلها وذلك إذا كانت لا تستند فى هذا الحلول إلى ولاية شرعية أو إذن من المالك وإلا كانت يد أمانة، كيد كفيل الغاصب فى رد المغصوب إذا تسلم المغصوب منه، ويد وكيل المالك فى القبض منه ويد الولى عليه، وكذلك يد الحاكم والقاضى إذا استرد المغصوب من غاصبه، واختلف النظر فيمن تطوع فأخذ المغصوب من غاصبه بنية رده إلى مالكه؛ فمن الفقهاء من رآه أمينا وأن يده أمانه، لقيامه بأمر ندب إليه الشارع فى سبيل المحافظة على الحقوق وردها إلى أصحابها فكان فى وضع يده عندئذ مأذونا من قبل الشارع، وقد يعد فى ذلك مأذونا عرفا إذ لا يأبى إنسان على آخر تطوعه بالسعى لرد ماله إليه والرضا عن عمله وإقراره، وعلى هذا الرأى كثير من الحنابلة، ومن الفقهاء من يراه ضامنا؛ لأن يده إنما حلت محل يد ضمان وكانت استمرارا لها وقد لا يرضى المالك عن وضعها فتعطى لذلك حكم اليد التى ترتبت عليها؛ لأن النوايا لا تصلح لابتناء الأحكام عليها، وفى نهاية المحتاج: من أخذ شيئا من غاصب أو من سبع ليرده على مالكه فتلف فى يده قبل تمكنه من رده له لم يضمن إن كان المأخوذ منه غير أهل للضمان كالشبع وإلا ضمن، وخالف فى ذلك السبكى[(٢)]. وكذا يضمن لو أخذ متاعا من يد سارق لعلمه أنه إن لم يأخذه ضاع على صاحبه لأخذه من غير ولاية، وعلى القول الأول يجب ألا تمضى على تسلم المغصوب مدة كان يستطيع فيها رده إلى مالكه ولم يرده بغير عذر وإلا كان ضامنا. ويعد مأذونا عرفا من وضع يده على مال لغيره فى سبيل إنقاذه من التلف الذى تعرض له، كما لو تعرض لنار تلتهمه أو لسيل يتلفه فلا تكون يده يد ضمان، وذهب الحنابلة إلى أن الأجنبى إذا أخذ الوديعة بغير إذن ليردها إلى مالكها بعد انتهاء العارية أو أخذ العين المعينة الموصى بها فأعطاها للموصى له بغير إذن وقع ذلك موقعه من نيته ولا ضمان عليه عند التلف لاعتباره أمينا بناء على ذلك.

---

(١) مطالب أولى النهى ج ٤ ص ٢٠.
(٢) نهاية المحتاج ج ٥ ص ١٥٤، ١٤٧.

واليد المترتبة علـى يد الغاصب تعد يد ضمان وإن كانت فى أصلهـا يد أمانة كيد وكيل الغاصب فى الرد على المالك ويد وديعه وإن جـهل الغصب؛ وذلك لأنها وضعت على مال لغيـر صاحبهـا بدون إذنه وبدون ولاية. غير أنه يسقط الإثم فى حـال الجهالة بالغـصب؛ لأن الإثم إنما يترتب على مـخالفـة المكلف لما كلف به حـيث يكون خطاب الشارع خطاب تكليف، ولا تكليف مع الجهل بخلاف الضـمان فإنه يترتب على خطاب الوضع وهو يتوجه مع الجهل. أمـا المكره على الاستيلاء على المغصوب فـيده يد ضمان اتفاقا، لأنها يد مستندة إلى اعتداء، غير أن الضمان عند الإكراه يستقر على المكره وهذا القدر محل اتفاق بين الفقهاء سواء أكان عالما بالغصب أم جاهلا.

وعلى ذلك فـإن أيدى الضمـان المترتبـة على يد الغاصب تتناول الأيدى الآتـية، وهى يد غاصب الغاصب ويد المشترى من الغاصب ويد المستأجر منه ويد وديعه الشريك له ويد المضارب له فى المال المغصـوب ويد المرتهن منه ويد المزارع له ويد المساقى له ويد القابض منه على وجـه السوم، وكذلك كل يد لا تسـتند إلى إذن من المالك أو إذن من الشارع سواء أكانت هذه اليد فى الأصل يد أمانة أم يد ضمان وسواء أكانت مستندة إلى عقد صحيح ظاهر أم عقد غير صحـيح، وهذا مالا يكاد يوجد فيه خلاف بين الفقهاء. ولمالك المال المغصـوب حينئذ الخيـار فى تضمين الغاصب أو أصـحاب هذه الأيدى عند تلف ذلك المال فى أيديهم سـواء أكانوا يعلمون بالغـصب أم يجهلونه وسواء أكـان تلفه بأمر سماوى لا يد لأحد فيه أم كان تلفه باعتداء من صاحب اليد عليه أم كان تلفه بفعل شخص أجنبى، غـير أنه إن كان تلفه بعد انـتقاله من يد الغاصب باعـتداء من صاحب اليد عليه عندئذ مستقلا به كإقدامه على إحراقـه أو إفساده أو تغييره تغييرا يذهب بمنافعه فإن ضمان المال يستقر عليه فـلا يرجع بما ضمن على الغاصب سواء أكان عالما بالغصب أم جاهلا إن اختار مالك المال تضمينه،أما إن اختار تضمين الغاصب رجع بما ضمن على صاحب اليد لاستقرار الضمان عليه؛ لإقدامـه مستقلا على إتلافه وضمان الإتلاف مقدم على ضمان اليد؛ لأنه أقوى.

فإن كان تلفه بأمر سماوى لم يرجع الغاصب على صاحب اليد لاستقرار الضمان على الغاصب حينئذ إذا لم يدخل صاحب اليد حـينئذ على ضمان العين المغصوبة وكان ضمان الغاصب بسبب غصبه هذا لا خلاف فـيه بين الفقهاء، وإنما يلاحظ اختلافهم فى بعض أحوال التضـمين وفى بعض أحوال استقـرار الضمان على أحدهمـا كما فى تلف المال بأمر سماوى فى يد المعتدى على منفعته فإنه لا ضمان على المعتدى عند المالكية فى

هذه الحال لعدم اعتدائه على الذات، والقاعدة فى ذلك على الجملة أن المغصوب إذا انتقل من يد الغاصب إلى يد غيره وكانت يد ضمان كان للمالك تضمين أيهما شاء إذا تلف المغصوب تحت يد من انتقل إليه ويستقر الضمان على من انتقلت إليه العين المغصوبة إذا كان قد دخل على ضمانها سواء علم بالغصب أم جهله، أما إذا لم يدخل على ضمانها فإن كان يعلم بالغصب عند وضع يده عليها كان حكمه حكم غاصب الغاصب فيستقر ضمانها عليه وإن كان يجهله استقر ضمانها على الغاصب دونه إذا لم يدخل على ضمان، وهذا ما ذهب إليه الشافعية أيضا، ومن ذلك يعرف حكم غاصب الغاصب والمشترى من الغاصب إذا تلفت العين المغصوبة تحت يدهما فإن الضمان يستقر عليهما عند علمهما بالغصب وعند جهلهما به لدخولهما على ضمان.

أما الوديع فإنه يرجع على المودع بما غرم بسبب تلف الوديعة تحت يده عند جهله بالغصب لا عند علمه به؛ ولا يرجع الغاصب عليه بما غرم إلا عند علمه بالغصب، وكذلك حكم كل من المستأجر والمرتهن، وكذا المستعير عند الحنفية، أما عند الشافعية والحنابلة فإنه لدخوله على ضمان لا يرجع على الغاصب بما غرم عند التلف عنده علم أم جهل - وينبغى أن يلاحظ أن التلف إذا كان بإتلاف من صاحب اليد استقر الضمان عليه فى جميع الأحوال؛ لأن ضمان الإتلاف أقوى من ضمان اليد، وفيما يلى بعض التطبيقات:

يد غاصب الغاصب:

فإذا غصب إنسان من آخر مالا غصبه فهلك فى يده فالمالك بالخيار إن شاء ضمن الغاصب الأول وإن شاء ضمن الغاصب الثانى. أما الأول فلحدوث فعل الغصب منه، وهو تفويت يد المالك. وأما الثانى فلأنه فوت يد الغاصب الأول ويده تعد يد المالك من وجه، لوجوب الحفظ عليه وتمكنه من رده على المالك واستقرار الضمان عليه فى ذمته فكانت منفعة يده عائدة على المالك وأشبهت من وجه يد الوديع،وقد وجد من كل واحد منهما سبب للتضمين إلا أن المضمون واحد فيخير المالك لتعيين المستحق له،فإن اختار تضمين الغاصب رجع بالضمان على غاصب الغاصب؛ لأنه ملك المغصوب من وقت غصبه بالتضمين، وتبين أن الثانى إنما غصب ما يملكه فيضمنه مثله أو قيمته يوم غصبه منه كائنة ما كانت؛ أى سواء أكانت أكثر مما كانت عليه يوم الغصب الأول أم أقل، وعندئذ يضيع عليه الفرق بين القيمتين إذا كانت أقل؛ إذ لا يضمن ما لم يغصبه.

وإن اختار تضمين غاصب الغاصب لم يكن لغاصب الغاصب أن يرجع على الغاصب الأول؛ لأنه إنما ضمن بفعل نفسه وهو تفويت يد المالك من وجه سواء تلف عنده بأمر سماوى أو بتعد منه فيضمن قيمة ما غصب يوم الغصب بالغة ما بلغت زادت أم قلت عما كانت عليه، غير أنها إذا كانت أقل مما كانت عليه يوم الغصب الأول كان للمالك الرجوع على الغاصب بالفرق بين القيمتين، إذ لا يضيع عليه ماله بالتعدى، وهذا إذا كان نقص القيمة بغير تغير السعر؛ إذ إن النقص لتغير السعر غير معتبر؛ لأنه لا يرجع إلى نقص فى العين وإنما يرجع إلى أمر خارج عنها، وهو عدم الرغبة، ومن ذلك يظهر أن الضمان يستقر على غاصب الغاصب.

ومتى اختار المالك تضمين أحدهما برئ الآخر من الضمان باختياره ـ ذكر ذلك محمد فى الجامع ـ حتى لو أراد تضمين الآخر بعد ذلك لم يكن له ذلك.

وروى ابن سماعه فى نوادره عن محمد أنه لا يبرأ ما لم يرض من اختار تضمينه أو يقضى عليه بالضمان، إذ فى هذه الحالة يصير المغصوب ملكا للذى ضمنه كأن المالك باعه منه فلا يملك بعد تمليكه أن يرجع على غيره كما لو باعه من الأول فأما قبل وجود الرضا أو القضاء فلم يوجد التمليك من أحدهما فله أن يملكه أيهما شاء، وذلك بتضمينه.

ووجه رواية الجامع أن المالك باختياره تضمين أحدهما على التعيين أظهر أنه راض بأخذه وتملكه منه؛ وذلك أمر يلزم المعتدى باعتدائه ولا يتوقف على رضاه، فإذا حدث هذا برئ الآخر. وفى ابن عابدين نقلا عن المحيط أن عند أبى يوسف له الاختيار ما لم يقبض الضمان فعلا ممن اختار تضمينه، فإذا قبضه لم يكن له أن يختار الآخر. ذلك ما ذهب إليه الحنفية[1]. وهو ما ذهب إليه الحنابلة أيضا[2]، ولا يكاد يوجد فرق بين المذهبين.

---

(١) يرى الحنفية أن المعتدى يملك ما استولى عليه بضمانه إذا فعل فيه ما يؤدى إلى تلفه فإن تلف أو تغير بدون فعله فإنه يملكه إذا ضمنه المالك قيمته، وذكروا أن هذا الملك يستند إلى وقت التعدى. ومقتضى هذا أن المالك إذا ضمن الغاصب لم يكن له أن يضمن غاصب الغاصب لزوال ملكه بتضمين الغاصب، وقد ذكروا أن الملك يثبت للغاصب حتى قبل أداء الضمان، وعلى ذلك فلا وجه لاشتراط رضا من اختار المالك تضمينه لأنه تملك جبرى بحكم الشارع. أما اشتراط القبض والأداء على ما جاء فى المحيط فالظاهر أنه قول آخر فى المذهب.

(٢) راجع القواعد، لا بن رجب ص ٢١٠ وكشاف القناع ج ٣ ص ٥٦٣.

وذهب المالكية إلى إثبات الخيار للمالك فى هذه الحال أيضا فإن تبع الغاصب فأخذ منه قيمة المغصوب يوم الغصب رجع الغاصب على غاصب الغاصب فيأخذ منه القيمة وقت غصبه؛ كما هو مذهب الحنفية، ولو زادت على القيمة يوم غصب الأول؛ لأن الغاصب لما غرم قيمته ملكه فكان الغصب واقعا على ملكه. وإن تبع غاصب الغاصب فأخذ منه القيمة يوم غصبه وكانت أقل من قيمته يوم غصبه ابتداء كان للمالك أن يرجع على الغاصب بالفرق بين القيمتين حتى لا يضيع عليه شىء من ماله، ولا رجوع عندئذ بشىء من الغاصب على غاصبه وإن كانت أكثر لم يرجع المالك بعد ذلك بشىء، لأنه استوفى حقه ولا رجوع لغاصب الغاصب بشىء على الغاصب؛ لأنه إنما ضمن بسبب جنايته. واختياره تضمين غاصب الغاصب فى رأيهم تمليك له؛ وقد ضمن بتعديه، وبذلك يبرأ غاصب الغاصب من الضمان عندهم، أما الغاصب فلا يرجع عليه بشىء؛ لاستقرار الضمان عليه وقد أداه فعلا إلى المالك.

وإذا اختار المالك تضمين الغاصب فإنه يرجع على غاصب الغاصب بالقيمة يوم غصبه بالغة ما بلغت؛ ولذا فإنه يضيع على الغاصب الفرق بين القيمتين إذا كانت قيمة العين يوم غصب الثانى أقل من قيمتها يوم غصب الأول وهى ما غرمه الغاصب[1]. إذ ليس للغاصب إلا أن يرجع على غاصب الغاصب بقيمة ما غصبه عند غصبه وقد تكون أقل مما كانت عليه وقت غصبه الأول ولا عبرة بتغيرها بسبب تقلب الأسعار بعد ذلك، وإذا أتلف المغصوب أجنبى وهو لدى الغاصب لزمته قيمته عند الإتلاف كائنة ما كانت. فإذا رجع عليه المالك بقيمته وكانت أقل من قيمته يوم الغصب كان له الرجوع بالفرق على الغاصب ولا رجوع للغاصب على المتلف؛ لأنه لا يسأل إلا عما أتلفه وإن رجع بها على الغاصب وهى أقل من قيمتها وقت الإتلاف فلا رجوع للمالك على المتلف بشىء وإنما يكون للغاصب أن يرجع بقيمتها على المتلف؛ وقت إتلافها واختلاف القيمة بتغير السعر لا أثر له زيادة أو نقصا فى حال الغصب عند المالكية على المشهور، ونقل عن مالك أنه معتبر فى الغصب كما هو معتبر فى حال التعدى كالفوات[2]. ومن هذا يبين أنه لا فرق بين مذهبى الحنفية والمالكية فى ذلك.

---

(١) الخرشى، ج ٦ ص ١٥٨.
(٢) الخرشى ج ٦ ص ١٦٢، مرا ج ٥ ص ٢٨١.

ويرى الشافعية أن غاصب الغاصب له حكم الغاصب الأول فيستقر عليه ضمان ما تلف عنده ويطالب بكل ما يطالب به الأول. غير أنه لا يطالب بزيادة قيمة حدثت فى يد الغاصب الأول فقط وزالت قبل غصب الثانى بل المطالب بها هو الأول وحده لأنه مطالب بأرفع قيمة للمغصوب مدة غصبه، إذ ضمان الغاصب لما غصبه يكون بأرفع قيمة كانت له بين غصبه وتلفه أى فى مدة غصبه. وبتضمين الثانى يبرأ الغاصب الأول من الضمان لكونه كالكفيل لوصول المالك إلى حقه. وإذا أبرأ المالك الغاصب الثانى برئ الأول من الضمان أيضا، لأن الغاصب الثانى وقد تقرر الضمان عليه أصبح المطالب به نهائيا وكان أداؤه إسقاطا لهذا الضمان فسقط تبعا لذلك عن الأول دون العكس. ولا فرق فى هذه الحال بين أن يكون الغاصب الثانى عالما بالغصب أو جاهلا به[1].

يد المشترى من الغاصب:

مذهب الحنفية

يرى الحنفية أنه إذا اشترى شخص مالا مغصوبا من غاصبه كانت يده عليه إذا قبضه يد ضمان. فيضمنه بتلفه أو بإتلافه سواء أكان عالما كالغصب أم غير عالم وذلك محل اتفاق. ولمالك المال إذا ما تلف عند المشترى أن يتبع من شاء منهما، فإذا ضمن الغاصب قيمة المغصوب وقت الغصب أو وقت البيع والتسليم على اختلاف الرواية فى ذلك جاز البيع ونفذ؛ لأنه بالتضمين تملك المغصوب ملكا مستندا إلى وقت غصبه، وتبين أنه قد باع ما يملك ولا رجوع للمشترى حينئذ على البائع الغاصب بشىء؛ لأن تلف المبيع فى هذه الحالة يكون فى ضمانه فيستقر الضمان عليه.

وإن ضمن المشترى قيمته بطل البيع ورجع المشترى بالثمن على البائع؛ لأنه تبين أنه قد أخذه بغير حق وليس له أن يرجع على البائع بالضمان، وذلك لتقرير الضمان عليه بسبب من قبله وهو وضع يده وتسلمه لما ليس مالا له وبضمانه بتملكه من وقت تسليمه وقبضه. وبذلك يتبين أنه إنما اشترى ملك نفسه فلذا يرجع بالثمن، أما ما غرمه من قيمة فقد كان نتيجة ضمان بسبب من قبله فاستقر عليه، ولا رجوع على الغاصب الأول، لدخوله على الضمان وقد سبق أن هناك روايتين فيما يجوز أن يضمنه الغاصب

---

(١) نهاية المحتاج ج ٥ ص ١٥٥.

فى هذه الحال: إحداهما أن للمالك أن يضمنه القيمة وقت الغصب، والأخرى أن له أن يضمنه القيمة وقت البيع والتسليم. وذكرنا وجه كل من الروايتين(١).

غير أن المالك إذا ضمن الغاصب القيمة وقت التسليم وهو وقت التعدى بسببه - عند من يرى ذلك - فقد جاء فى بعض الكتب أنه لا يترتب على ذلك نفاذ عقد الشراء، لعدم تقدم ملك البائع عليه، ويتبين على هذه الرواية أن الغاصب باع مالا يملك إذ لم يملك إلا بعد العقد، أى عند التسليم وهو وقت التعدى به، ويكون بيعه لذلك بيعا لا يترتب عليه استحقاقه الثمن، فإذا كان قد دفعه إليه المشترى استرده منه وللغاصب حينئذ الرجوع على المشترى بما ضمن من قيمة إذا ما تلف المال المغصوب تحت يده لتقرر الضمان عليه.

وجاء فى البدائع أن تضمين الغاصب فى الحالين يترتب عليه نفاذ البيع وذلك محل نظر فى رأيى، لأن ملك الغاصب كما قالوا يستند إلى وقت التعدى وأول ما تعدى كان بالغصب فكان وقت تعديه بناء على ذلك هو وقت الغصب وهو سابق على البيع - واختيار المالك تضمين القيمة وقت التسليم باعتباره وقتا لتعد آخر حادث لا يرفع تعديه على ماله بالغصب، والضمان كما ذكروا يستند إلى وقت التعدى وهو يبدأ من وقت الغصب. ولعل وجه الرواية الأولى أن اختيار الضمان بالقيمة وقت التسليم يحدد وقت هذه المبادلة، وهى أساس الملك فكان الملك بناء على ذلك ثابتا من ذلك الوقت وهوقبل إجراء العقد.

مذهب المالكية

وذهب المالكية إلى أن من اشترى من غاصب ما غصبه وظل على حاله حتى ظهر مالكه فاستحقه وهو فى يد المشترى أو فى يد البائع فليس للمالك تضمين الغاصب قيمته، لقيام المغصوب وعدم فواته وإنما يكون له الخيار بين أمرين: إما أن يسترده من ذى اليد عليه بائعا كان أو مشتريا، وإما أن يجيز البيع ويأخذ الثمن من الغاصب إن كان قد قبضه وإلا أخذه من المشترى، وإلى هذا يذهب الحنفية والحنابلة على رواية عندهم، خلافا للشافعية الذين يرون البيع باطلا لا تفيده إجازة، ويظهر أنه لا فرق فى هذه الحالة

---

(١)راجع البدائع ج ٧ ص ١٤٥.

بين أن يكون المشترى عالما بالغصب أو جاهلا به، إذ الحكم باسترداد المبيع حين قيامه أو نفاذ البيع بالإجازة لا يختلف بين حال العلم والجهل. أما إذا تلف عند المشترى فإن كان تلفه بإتلاف المشترى عن عمد كأن كان البيع ثوبا فلبسه حتى أبلاه أو طعاما فأكله ثم ظهر مستحقه فلذلك حالتان:

إحداهما: أن يكون المشترى جاهلا بالغصب. وفى هذه الحال يكون المالك المستحق بالخيار إن شاء أتبع المشترى بقيمته يوم تعديه عليه بقبضه أو بأكله، وإن شاء ضمن الغاصب قيمته يوم غصبه، وإن شاء أجاز البيع وأخذ الثمن، وإذا كان تلف الثوب عند المشترى فى هذه الحال بسبب سماوى لم يضمنه إنما يضمنه عند إتلافه.

فإذا ضمن المشترى قيمته يوم اعتدائه لم يرجع المشترى على الغاصب بما غرم لاستقرار الضمان عليه بتعديه، وإنما يرجع عليه بما دفعه إليه من ثمن لظهور أنه لا يستحقه وأنه قد قبضه بغير حق، إن كان الثمن قد أدى إليه.

وإن ضمن الغاصب قيمته يوم غصبه نفذ بيعه واستحق منه ثمنه لظهور أنه قد باع ما يملك ووجب على المشترى أداء ثمنه للغاصب.

وإن أجاز البيع استحق بالإجازة ثمن المغصوب المبيع وأخذه من الغاصب إن كان مليئا، وإلا رجع به على المشترى. ذلك ما جاء فى شرح الخرشى وقد علق عليه العدوى بأن هذا القول غير الراجح فى المذهب وأن الراجح فيه أن المالك يتبع الغاصب بالثمن وإن كان معسرا إذا كان قد قبضه.

وإذا تلف الثمن بيده لم يكن له الرجوع به على المشترى بل يكون على الغاصب ضمانه، إذ بقبضه الثمن أصبح فى ضمانه وقد برئ منه المشترى بأدائه.

وإذا استغل المشترى المبيع فى هذه الحال «حالة جهله بالغصب» كانت الغلة له، لإقدامه على ذلك بشبهة الملك ولأن المبيع كان فى ضمانه، والخراج بالضمان. وإذا كان تلف المغصوب فى هذه الحال بآفة سماوية فلا ضمان عليه للمالك، لعدم تعديه حينئذ فى تلفه. أما إن كان بإتلاف المشترى عن خطأ ففيه تأويلان: قيل أنه كالعمد فى الحكم، إذ لا فرق بين العمد والخطأ فى الأموال، وقيل أنه كالتلف السماوى فلا ضمان عليه، وعلى ذلك لا ضمان على المشترى فى حال جهله بالغصب إلا بتعديه بالإتلاف، وعند ذلك لا يرجع على الغاصب بما يغرم؛ لاستقرار الضمان عليه.

ثانيتهما: أن يكون المشترى عالما بغصب البائع. وحكمه حينئذ يكون حكم الغاصب نفسه، وللمالك أن يرجع على أيهما شاء. وإذا استغل المشترى المال المغصوب كانت الغلة لمالكه ويعد غريما ثانيا للمالك، فإن تبع المالك الغاصب لم يكن للغاصب أن يتبع المشترى منه وإن تبع المالك المشترى منه لم يتبع المشترى الغاصب كذلك. وللمشترى حينئذ أن يسترد الثمن من الغاصب إذا كان قد دفعه إليه لظهور أنه قد أخذه بغير حق، وذلك لبطلان العقد حينئذ[١]. ويقضى هذا أن للمالك الرجوع على أيهما شاء، ويتقرر الضمان على من يرجع عليه لاستقلال كل منهما بسبب يترتب عليه الضمان؛ ولذا لم يكن لأحدهما أن يرجع على الآخر كما ذكرنا، خلافا للحنفية، إذ يرون أن الضمان يستقر على المشترى لدخوله على ضمان.

وجملة القول فى أيدى الضمان فيما يرى المالكية أنه يعد من أيدى الضمان كل يد صارت إليها العين المغصوبة بشبهة ملك كالشراء والإرث وغير ذلك عند عدم العلم بالغصب. وفى هذه الحال لا تكون الغلة التى استفادها صاحب اليد لمالك المغصوب ولا يلزم صاحب اليد بكراء إذا ما انتفع فلا يعطى كراء أرض زرعها إذا كان استحقاقها بعد أيام الزراعة. أما إذا كان قبل ذلك فإنه يلزم بقلع الزرع، وإذا أحدث فيها بناء فليس للمالك هدم البناء بل يقال له: أعطه قيمة بنائه قائما فإن أبى قيل للآخر: أعطه قيمة أرضه فإن أبى كانا شريكين هذا بقيمة أرضه وذاك بقيمة بنائه. وكذلك تعد من أيدى الضمان عندهم ما كان القبض فيها على وجه انتقال الملك إلى القابض سواء أكان ذلك بشراء أم بهبة أم بوصية، وسواء أكان العقد صحيحا أم فاسدا، وسواء أكان ذلك عند العلم بالغصب أم عند الجهل به، وكذلك القبض على وجه العارية أو على وجه الرهن فيما يغاب عليه[٢].

مذهب الشافعية

ولا يختلف مذهب الشافعية عن مذهب الحنفية والمالكية فى أن كل يد حلت محل يد الغاصب يد ضمان، وإن كانت فى أصلها يد أمانة، وذلك كيد وكيل الغاصب فى رد المغصوب إلى مالكه ويد وديعه، وفى عدم التفرقة بين حال العلم بالغصب وحال

---

(١) الخرشى ج ٦ ص ١٦٩. والمراق ج ٦ ص ٢٩٠.

(٢) ص ٣٦٤ من قوانين الأحكام وبنى غزى.

الجهل به فى ثبوت الضمان، وهذا إذا لم تستند اليد التالية ليد الغاصب فى قبضها إلى إذن من مالك المال المغصوب صراحة أو عرفا أو إذن من الشارع؛ ولذا كانت يد وكيل المالك فى استرداد المال المغصوب من غاصبه يد أمانة، وكانت يد الحاكم أو يد نائبه إذا ما أخذاه من غاصبه عند علمهما بغصبه يد أمانة لأنها يد وضعت لرفع العدوان فلم تكن يد ضمان، وكانت يد غاصب الغاصب ويد المشترى من الغاصب ويد وارث الغاصب ونحوهما يد ضمان لأنها يد وضعت على مال مملوك لغير صاحبها بدون مسوغ شرعى، وكانت كل يد استندت إلى يد الغاصب يد ضمان سواء كانت فى أصلها أمانة ـ أو يد ضمان لذلك السبب كيد المستعير من الغاصب ما غصبه ويد مقترضه منه ويد مرتهنه منه ويد قابضه منه على سبيل العموم ويد مشتريه منه، لأن أصحاب هذه الأيدى قد وضعوا أيديهم على مال لغيرهم بدون إذن منه، وكذلك الوضع فى الهبة فإنها للتملك، وذلك يعنى الضمان؛ ولذا كانت اليد فى الوديعة والقراض والشركة يد ضمان كذلك، ويستقر الضمان فى هذه الأيدى الأخيرة على الغاصب لدخول أصحابها على وجه النيابة عن الغاصب فلا رجوع للغاصب عليهم إذا غرم ويرجعون عليه إذا غرموا، بخلاف الحكم فى الأيدى السابقة عليها كما سيأتى.

وإذا أتلف أحدهم المال المغصوب استقر الضمان عليه سواء أكانت يده فى الأصل يد ضمان أم يد أمانة؛ لأن الإتلاف أقوى من اليد العادية[1]. إلا إذا كان ذلك نتيجة لحمل الغاصب غاصب الغاصب عليه لغرض له ـ كما فى أمره بذبح الشاة المغصوبة، فإن قرار الضمان حينئذ يكون على الغاصب، وإذا قدم الغاصب ما غصبه من طعام إلى ضيفه فأكله وهو جاهل بالغصب فالظاهر أن استقرار الضمان عليه لغروره ضيفه ولأن ما حدث كان فى مصلحته، إذ العادة تقضى بإطعام الضيف.

وذهب المالكية إلى تضمين الأكل نظرا إلى حدوث الإتلاف منه إذا كان الغاصب معدما أو لا يقدر عليه، وإلا كان الضمان على الغاصب[2].

أما عند علم الضيف بالغصب فإن حكمه حكم الغاصب فيتخير المالك فى اتباع أحدهما. كما يخير فى حال إكراه الغاصب على الغصب ولكن جاء فى صفحة

---

(١) نهاية المحتاج، ج ٥ ص ١٥٤ وما بعدها.
(٢) الخرشى ج ٦ ص ١٥٢.

١٦٣(١). أن من غصب طعاما فقدمه إلى ربه ضيافة فأكله برئ من ضمانه؛ لأن ربه باشر إتلافه وسواء فى ذلك علم الآكل وجهله بالغصب فلعل فى ذلك روايتان ومحل ذلك قبل الفوات، ونتيجة ذلك أن يد المشترى من الغاصب يد ضمان فيضمن ما اشتراه ويستقر عليه الضمان ويضمن المالك أيهما شاء لتعديه الغاصب أو المشترى منه.

وفى قول إذا كان المشترى جاهلا بالغصب استقر الضمان على الغاصب البائع، فإذا ضمن رجع على الغاصب بما ضمن؛ لظهور أن البيع وقع باطلا لإقدام البائع على بيع ما لا يملك فلا يستحق إزاءه عوضا بمقتضى العقد. فإذا كان قد قبض الثمن رجع به المشترى عليه كما يرجع عليه بما غرم لغروره، أما عند علمه بالغضب فإن الضمان يستقر عليه عند التلف ولا رجوع له على الغاصب بما ضمن لأن تعريف الغصب صادق عليه؛ ولذا لا يرجع على الغاصب إذا ما ضمنه المالك ما تلف عنده. أما على القول الأصح فإن الضمان يستقر على المشترى علم أم جهل لدخوله على الضمان.

مذهب الحنابلة

ويرى الحنابلة رأى غيرهم أيضا فى أن كل يد حلت محل يد الغاصب على الوضع الذى سبق بيانه تعد يد ضمان يترتب عليها تضمين صاحبها إذا اختار المالك تضمينه، غير أن رجوعه بما غرم على الغاصب أو استقرار الضمان عليه يتبين حكمه مما يلى:

أولا: إذا حلت يد محل يد الغاصب بناء على تملك بعوض أو بغير عوض كيد المشترى منه ويد المقترض إذا ما أقرض الغاصب ما غصبه ويد الموهوب له إذا جعل المغصوب هبة ويد الزوجة إذا جعل المغصوب مهرا لها ويد الزوج إذا جعل بدل خلع، ونحو ذلك من كل يد لقابض تسلم المغصوب على هذا الوضع مع العلم بالغصب فإنها فى هذه الحال تعد يد ضمان يكون المالك معها مخيرا بين تضمين الغاصب وتضمين القابض منه عند تلف ما فى يده فإن ضمن الغاصب رجع الغاصب على القابض منه بما غرم؛ لحصول التلف فى يده، وهى يد ضمان عادية إذا كان على علم بالغصب فيستقر الضمان عليه. وإن ضمن القابض لم يرجع القابض بما غرم على أحد لاستقرار الضمان عليه لإقدامه على بصيرة مما فعل.

---

(١) المصدر السابق.

وإذا حدث نقص فى المال المغصوب لدى الغاصب قبل إقباضه أو كانت له أجرة فضمان ذلك على الغاصب وحده دون القابض، فلا يرجع به المالك على القابض؛ لأن تلفه لم يكن تحت يده.

وإذا حدث ذلك مع جهل القابض بالغصب فالمشهور فى المذهب أن حكمه حكم الغاصب بالنسبة إلى ضمان قيمة المغصوب ومنفعته من وقت قبضه لا قبل ذلك مع ثبوت الحق له فى رجوعه على الغاصب بما لم يلزمه ضمانه بمقتضى العقد الذى كان القبض ثمرة له لعدم دخوله على ضمان، وإذا لم يحصل له به نفع وضمنه المالك منفعته على أساس أنه غاصب كان له حق الرجوع على الغاصب، وإن حصل له نفع ففى استقرار الضمان عليه بما غرم فى ذلك روايتان. أما ما يلزمه ضمانه بمقتضى ذلك العقد فلا يحق له أن يرجع به على الغاصب، لاستقرار الضمان عليه بدخوله على الضمان.

فإذا كان العقد عقد بيع مثلا كان مقتضاه إلزام المشترى بضمان المبيع بثمنه حتى لو تلف فى يده تلف عليه بثمنه، وهذا بخلاف منافعه فإنها إنما تكون للمشترى تبعا للعين المبيعة فلا ضمان عليه لأحد فيها ـ فى رواية ـ لأن الخراج بالضمان، وعلى ذلك لا يضمنها المشترى.

وعقد الإجارة يقتضى أن المنفعة مضمونة على المستأجر بالأجرة،والعين فى يده أمانة فإذا تلفت العين فغرمها رجع بما غرم على الغاصب دون أن يكون له حق الرجوع بمنفعتها؛ لأن ضمانها عليه بمقتضى عقد الإجارة.

والوديعة عقد يقتضى عدم ضمان العين ومنفعتها جميعا فيرجع بما يغرمه منهما على الغاصب لتغريره.

وعقد العارية يقتضى ضمان العين دون منفعتها إذ يضمن المستعير العين المعارة عند تلفها، ولو جهل بالغصب وذلك أثر من آثار عقد الإعارة فيرجع بالمنفعة على المعير إذا غرم بدلها دون العين فلا يرجع بقيمتها إذا ما أتبعه المالك فغرم له قيمتها؛ لأنه دخل على ضمانها بخلاف أجرة العين المعارة فيرجع بها إذا غرمها لأنه دخل على أنها غير مضمونة عليه. وقيل لا يرجع بالأجرة لانتفاعه بالمنافع وهى بدل عنها وبذلك استوفى بدل ما غرم.

ومؤدى ذلك أنه إذا ضمن المالك المشترى من الغاصب أو المستعير منه منفعة العين المغصوبة عند تلفها رجع المشترى والمستعير على الغاصب بقيمة المنفعة لأنها غير مضمونة عليه ولا يرجعان بقيمة العين لاستقرار الضمان عليهما لدخولهما فى عقد البيع والعارية على ضمانهــا. وفى رواية لا يرجع المشترى بقيمــة المنفعة لأنها تبع للعين والقــيمة التى تلزم الغــاصب فى رواية هى أعلى قيــمة من حين الغــصب إلى وقت التلف والتى تلزم المشترى هى أعلى قيمة مــن حين القبض إلى وقت التلف؛ لأن ما قبل القبض لم يدخل فى ضمانه وإن كانت لــه أجرة فله الرجوع على الغاصب بجميــعها وإن شاء رجع على المشترى بما يخص مدته ويكون الباقى على الغاصب.

أما المــستأجــر من الغاصب فــإن حكمه عــند جهله بالغــصب على عكس حكم المشتــرى والمستعــير، إذ يستقــر عليه ضمــان المنفعة دون ضــمان العين؛ لأنه دخل على ضمــان المنفعــة دون العين. فإذا ضــمن المالك الغاصب العين ومنفــعتهــا فى المدة رجع الغاصب على المستأجر بقيمة المنفعة فقط. وإن ضمن المستأجر العين ومنفعتها رجع على الغــاصب بقيــمة العين فــقط. وهذا عند عدم علمــه بالغصب، أمــا عند علمه بــه فإن المستأجر يستقر عليه ضمان العين لدخوله على بصيرة وهلاك العين فى يده[١].

أمــا الوديع والموهوب والوكــيل عن الغــاصب والمرتهن والموصى له بالمنفــعــة من الغاصب فهم ضامنون للعين والمــنفعة جميعا عند جهلهــم بالغصب، فإذا ضمنهم المالك العين ومنفعــتها بعد التلف فى أيديهم رجــعوا بهما على الغاصب للتــغرير، ولأنهم لم يدخلوا على ضمان شىء منهما،وإن ضمن الغاصب ذلك لم يرجع عليهم بشىء أما عند علمهم بالغصب فهم كالغاصب فيستقر عليهم الضمان ومن ثم فلا رجوع لهم عليه.

هذا، ويلاحظ أن بيع الغاصب مــا غصبــه وإجارته إياه عقدان فــاسدان لا يمتلك بهما الغاصب شــيئا من الثمن أو من الأجرة؛ ولذا كان لكل من المشتــرى منه والمستأجر أن يستردا ما دفعه إليه من ذلك على أية حال من عــلمهما بالغصب أو من جهلهما به، وذلك لعدم ملك الغاصب ما باعه أو أجره.

وإذا أراد المالك أن يرجع على الغاصب عند بيعه المال المغصوب بما أخذه من ثمن بدلا عن قيمته فــقياس المذهب يقضى بأن له ذلك، وهو قياس مذهب الحنفــية، لاعتبار ذلك إجازة منه لبيع الغاصب عند من يرى أنه من قبيل بيع الفضولى.

---

(١) المغنى ج ٥ ص ٤١٣ القواعد لابن رجب ص ٢١٠ وما بعدها.

أما يد المتصرف فى المال المغصوب بالتنمية بناء على عقد بينه وبين الغاصب وذلك كيد المضارب والشريك والمساقى والمزارع عند تلف المال فى أيديهم فهى أيضا يد ضمان يكون لمالك المال معها حق الرجوع عليهم بالقيمة عند التلف. غير أن لهم حينئذ أن يرجعوا على الغاصب بما غرموا لاستقرار الضمان عليه وبأجرة عملهم فى المال بناء على غرورهم؛ لأنهم لم يدخلوا على ضمان شىء من ذلك، وإذا كانت لهم حصة فى الربح والثمرة عند قيام ذلك وقد تلفت فى أيديهم فإن تلفها حينئذ عليهم، وإذا غرموها للمالك لم يرجعوا بها على الغاصب، لعدم تعديه عليها إذ لم يكن لها وجود فى يده.

استقرار الضمان عند توالى الأيدى العارية:

وخلاصة ما سبق بيانه فى أحكام استقرار الضمان أنه إذا توالت أيدى الضمان وتلفت العين تحت اليد الثانية فقد ذكرنا أن لمالك العين الخيار فى أن يضمن صاحب اليد الأولى، لاعتدائه باستيلائه على مال لغيره عدوانا وأن يضمن صاحب اليد الثانية لوضع يده بغير حق على مال لغيره وتلفه عنده، وذلك بلا خلاف بين جميع المذاهب، وهذا ما اقتضى النظر فى بيان من يستقر عليه الضمان منهما حتى إذا أتبع المالك أحدهما رجع على الآخر بما غرم، وإذا أتبع الآخر لم يرجع على الأول. وقد ذكر صاحب البدائع ما يرجع إليه فى بيان ذلك من قواعد عند الحنفية.

١ ـ إذا كان تلف العين المغصوبة بإتلاف صاحب اليد استقر الضمان عليه عالما بالغصب أو جاهلا به. وذلك محل اتفاق بين جميع المذاهب. ولكن إذا حمله الغاصب على الإتلاف فأمره به على أساس أن المال له لغرض يبتغيه وكان جاهلا بالغصب ـ كأن أمره بذبح شاة غصبها والمأمور لا يعلم بالغصب فإن الضمان يستقر على الغاصب الآمر باتفاق، لغروره المأمور.

أما إذا كان المأمور عالما بالغصب فإن الضمان يستقر عليه دون الآمر لإتلافه وعدم وجوب الطاعة عليه، ولكن إذا كان المغصوب طعاما فقدمه الغاصب إلى صاحبه فلا ضمان على الغاصب لتحقق الرد الواجب عليه بذلك وخروجه به من عهدة الضمان وعلم الآكل بالغصب وجهله سواء فى الحكم[1]، خلافا للشافعى، إذ يرى أنه إذا أطعمه ولم يعلمه أنه ملكه لا يبرأ، لأنه غره.

---

(١) البدائع ج ٧ ص ١٥٠.

٢ ـ يستقر الضمان على غاصب الغـاصب عالما بالغصب أم جاهلا به؛ لأنه متعد على وجه يقـتضى تضمينه وقـد تلفت العين المغصوبة تحت يده، ولأن المالك إذا اختار تضمين الغاصب فضمنه قيمة العين المغصوبة ملكها ملكا مستندا إلى وقت غصبه،وبذلك يظهر أن غـاصب الغاصب حين غصب العين إنما غـصبها وهـى مملوكة لغاصبـها الأول فكان ضامنا له ما اعتدى عليه من ملكه. وإذا اختار تضمين غاصب الغاصب فقد ضمنه لتـعديه ولهـلاك العين تحت يده الضـامنة العـادية فلم يكن له أن يرجع على الغـاصب الأول.

وبضمانـه قيمتهـا وقت تعديه بالغة ما بـلغت يملكها من ذلك الوقت وبأداء هذه القيمة إلى المالك يعد المالك مـستوفيا حقه وكأن العين المغصوبة قـد عادت إليه، غير أن قيمـتها حين غصبهـا المرة الثانية قد تكون أقل من قيـمتها حين غصـبها الأول، وعندئذ يكون المالك غير مستوف لجميع حقه،وإن شئت قلت يعتبر أن العين قد عادت إليه ناقصة بسبب تعـدى الغاصب الأول فكان للمالك عندئذ أن يضمن الغـاصب الأول الفرق بين القيمتين.

٣ ـ يستقر الضمان فى النهاية على المشـترى من الغاصب إذا باعها الغاصب سواء أكان المشترى عالما بالغصب أم جاهلا به؛ ذلك لأن المالك إذا اختار تضمين الغاصب فإنه بالضمان يملك العين المغصوبة ملكا مستندا إلى وقت غصبه، وبذلك يتبين أنه حين باعها إنما باع ما يملك ويظهر بذلك نفاذ البيع وثبوت الملك للمـشترى منذ اشترى وأن هلاكها كان علـى ضمانه؛ لأنه المالـك وعليه للبـائع ثمن العين المغصـوبة لشرائهـا ولا رجوع للغاصب عليه بما غرم لمالكها من قيمة؛ لأنه تملك العين المبيعة بها وترتب على ذلك نفاذ بيعها واستحقاقه لثمنها.

وإن اختار تضمين المشـترى ملكها المشترى من وقت تسلمهـا، ويتبين بذلك عدم صحة البيع وأن البائع قد باع مالا يقدر على تسليمه لشغلها بملك الغير. وبناء على ذلك لا يستحق ثمنا قبل المشترى ،ويرجع عليـه المشترى به إن كان قد أداه إليه ثم ليس له أن يرجع بما غرم للمالك من قيـمة وهى قيمة العين وقت تسليمـها؛ لأنه دخل على ضمان العين سواء كـان يعلم بالغصب أو يجهله. أمـا إن كان يعلمه فـالأمر ظاهر لأنه متـعد دخل على بصيرة وعـلى ضمان فانتفى الغـرور نهائيا، وإن كان يجـهل فقد دخل على ضمان دون غـرور من البائع ـ ومن الفقهـاء من ذهب إلى أن للمشترى حيـنئذ أن يتبع

الغاصب الذى باعه العين بما غرم من قيمة بناء على التزامه بإيجابه البيع تمليكه واعتماد المشترى على يده الظاهرة التى لولاها ما أقدم على الشراء منه فكان ذلك كافيا فى تحقق غروره ولم يكن شأنه مع المشترى بأقل من شأن المودع مع وديعه بالنظر إلى حلوله محله، هذا فى الملكية وهذا فى الحفظ، وممن قال بذلك بعض الشافعية.

٤ ـ يستقر الضمان على المودع إذا تلفت الوديعة عند الوديع وفى حكم الوديع المضارب والمزارع المساقى وغيرهم من الأمناء يعطى إليهم المال للعمل فيه لمصلحة مالكه.

فإذا اختار المالك تضمين الغاصب لم يرجع على الوديع، لأنه تبين أنه قد أودع ما يملكه وأنه أقام الوديع مقامه فى الحفظ فكانت يده يد المالك وكان هلاكه على مالكه، وإن ضمن الوديع رجع على الغاصب؛ لأنه قد غره بأن أقامه مقام نفسه فى الحفظ والرعاية ولم يدخل على ضمان وإنما دخل على أنه أمين وهذا إذا كان الوديع جاهلا، أما إذا كان عالما بالغصب فهو غاصب يستقر عليه الضمان ومثله فى الحكم من ذكرنا.

٥ ـ يستقر الضمان على المؤجر فإذا ضمن المالك المستأجر يرجع على المؤجر، لأنه كالوديع بالنظر إلى العين المستأجرة، عليه حفظها وكانت يده عليها سبيلا إلى استيفاء حقه منها بإذن مالكها فكانت يده يد مالكها وكان فى وضع يده مغرورا كالوديع. وإن ضمن المؤجر لم يرجع على المستأجر؛ لأن المستأجر لم يدخل على ضمان، وهذا إذا كان المستأجر جاهلا، أما إذا كان عالما فهو غاصب يستقر الضمان عليه.

٦ ـ يستقر الضمان على الراهن ـ والحكم فى المرتهن من الغاصب كالحكم فى المستأجر، لأنه يعد مغرورا فى وضع يده فكان له حق الرجوع على الراهن الغاصب عند تلف العين وضمانه قيمتها للمالك، والغرور فى هذه الحال بين؛ لأن المرتهن إنما وضع يده استيثاقا لدينه ولا استيثاق فى المغصوب؛ ولأنه أيضا لم يدخل على ضمان، وهذا إذا كان جاهلا فإن كان عالما كان غاصبا واستقر الضمان عليه.

٧ ـ يستقر الضمان على المستعير فإذا أعار الغاصب ما غصبه فهلك فى يد المستعير كان للغاصب الخيار فى تضمين أحدهما؛ لاعتداء كل منهما اعتداء يستوجب الضمان، الغاصب بغصبه والمستعير بوضع يده وهلاك المغصوب تحتها، وإذا ضمن أحدهما لم يرجع على الآخر، أما الغاصب، فلأنه بضمانه تبين أنه أعار ملك نفسه

فهلك فى يد المستعير فكان ضمانه عليه، وأما المستعير فلأنه قد استفاد ملك المنفعة مجانا والغرم بالغنم ولـم يتحقق غـروره، لاستفادتـه ملك المنفعة بالمجـان وسواء فى ذلك أن يكون المستـعير عـالما بالغصب أم جاهلا ـ ولا شك أن ذلك مـحل نظر؛ إذ الغرور من المعيـر واضح بين، ولم يدخل المستعـير على ضمان العين المـستعارة حـتى يكون حكمه حكم المشتـرى، وهذا استثناء من قاعدة عـدم استقرار الضـمان على من لم يدخل على ضمان.

مذهب الشافعية والحنابلة

وذهب الشافعية والحنابلة إلى أن استقرار الـضمان يتبع الأصول السابقة التى سبق بيانها فى بيان الأيدى الضامنة عند الحنابلة وتتلخص فيما يلى:

أولا ـ يستـقر الضمـان على صاحب اليد الثـانية إذا كان على عـلم بالغصب فى جميع الأحوال وذلك لـدخوله على بصيرة وانتفاء غرور سـواء أدخل على ضمان أم لا كالمشـترى من الغاصب ووديع الغـاصب ومن فى حكمهما، وفـى حكم المبيع كل عين جعلت صداقا أو بدل خلع أو بدل طـلاق أو بدلا عن قرض أو بدلا فى تخارج وكذلك الحكم فى كل حال تكون العين فيها قد أعطيت على وجه التمليك لذى اليد الثانية سواء أكان ذلك بعوض أم بغـير عوض كمـا فى الهبة[1]، فـفى هذه الأحوال كلهـا إذا أتبع المالك الغاصب رجع الغاصب على صاحب اليد الثانية، لاستقرار الضمان عليه وحصول التلف تحت يده، وإن أتبع صاحب اليد الثانية لم يرجع على الغاصب بما غرم.

ثانيـا ـ إذا كان صاحب اليد الثانية جاهلا بالغصب فتحت ذلك صورتان: **الأولى** أن يدخل على ضمان ما وضع يده عليه، والثانية ألا يدخل على ضمان.

ففى الحال الأولى «دخوله على الضمان» يستقر عليه الضمان، لأنه دخل على هذا الأساس والتبعـة عليه، إذ لم يتحر حقيـقة اليد التى اعتمدها وذلك كـغاصب الغاصب والمشترى من الغاصب وكل من وضع يده بنية التملك مع الجعل بالغصب.

الحـال الثـانيـة «عدم دخوله على الضـمان». وفى هذه الحال يستقـر الضمان على الغاصب لتغريره الثانى، إذ إنه إنما دخل على أن يكون المال أمانة فى يده إلى حين، وقد اعتمد اليـد الظاهرة للغاصب أمارة على ملكه فكان على الغاصب بسـبب ذلك استقرار

---

(١) يرى الحنفية أن يد الموهوب فى الهبة الفاسدة تعد يد ضمان كـما في البيع الفاسد؛ إذ تعد يد المشترى فيه يد ضمان.

الضمان. وهذا بخلاف الحال الأولى؛ إذ دخل صاحب اليد الثانية على أن يكون المال فى ضمانه فأمر الضمان يستقر عليه لعدم غروره، وعلى ذلك كان الحكم فى كل من الوديع والمضارب والشريك والمساقى والمزارع إذا ما تلف المال فى أيديهم، إذ لا يستقر الضمان عليهم ؛لأنه إنما يتلف على ضمانهم عند العلم وعلى ضمان الغاصب عند الجهل، فإذا غرم الغاصب لم يرجع عليهم.

مذهب المالكية

وذهب المالكية إلى أن وارث الغاصب والمشترى من الغاصب ومن وهبه الغاصب العين المغصوبة إذا علموا بالغصب كان حكمهم حكم الغاصب فى ضمان العين المغصوبة عند تلفها فى أيديهم، فيضمنون المثلى بمثله والقيمى بقيمته وكذلك فى ضمانهم غلتها المغصوبة إذا استغلوها ولم تفت العين، فإن فاتت لم يكن لمالكها إلا اختيار التضمين بالقيمة أو التضمين بقيمة الغلة؛ إذ لا يجمع بين غلة العين المغصوبة وقيمتها ـ وكذلك يكون حكمهم حكمه فى ضمانهم ما تلف بسبب سماوى، إذ يكون الخيار للمالك فى الرجوع على أيهم شاء كما يرجع على الغاصب، غير أنه إذا رجع على أحدهم ابتداء لم يرجع على الغاصب لاستقرار الضمان على من تلف عنده المغصوب بسبب علمه بالغصب وانتفاء غروره عند ذلك. وللمشترى فى هذه الحال أن يسترد الثمن من الغاصب إذا كان قد أداه إليه وتكون الغلة للمشترى فلا يرجع بها المالك على الغاصب، لأنه لم يستعمل ولا على المشترى، لأنه صاحب شبهة، وكذلك الحكم فى الوارث والموهوب.

وإذا جهلوا بالغصب لم يضمنوا التلف السماوى إن كان التالف مما لا يغاب عليه أو يغاب عليه وقامت البينة على تلفه.

والمراد بعدم ضمانهم فى هذه الحال أنهم لا يكونون غرماء للمالك بل يرجع المالك على الغاصب فى هذه الحال بالقيمة دون أن يكون له حق فى الرجوع عليهم، وبذلك يتبين ملك الغاصب وينفذ تصرفه ويستحق الثمن من المشترى فيقبضه إن لم يكن قد قبضه.

ويضمنون ما كان من تلف عن عمد منهم، لتعديهم بالإتلاف.

أما ما كان عن خطأ ففيه تأويلان، قيل: إن حكمه حكم العمد لأن الخطأ والعمد فى الأموال سواء وقيل: حكمه حكم السماوى.

وعلى هذا يكون استقرار الضمان فى السماوى على الغاصب.

وفى حال الشراء من الغاصب يخير المالك بين الرجوع على الغاصب بالقيمة وقت الغصب والرجوع على المشترى بالقيمة وقت إتلافه، فإن كانت أقل من القيمة وقت الغصب رجع المالك على الغاصب بالفرق كما يرجع المشترى على الغاصب بالثمن إن كان قد دفعه والغلة للمشترى إذا استغل.

وفى الهبة يرجع المالك على الغاصب بالقيمة يوم الغصب أو بالغلة التى استغلها الموهوب إذ لا يجمع بينهما كما تقدم، فإن كان الغاصب معسرا أو غير موجود أو لا يمكن الرجوع عليه لسبب من الأسباب رجع المالك على الموهوب؛ لأنه المستهلك ولا يرجع الموهوب على الغاصب عندئذ بشىء كما أنه إذا غرم الغاصب عند يساره لم يرجع على الموهوب - وفى مسألة الوارث يخير المالك على الصورة التى خير عليها فى مسألة الشراء إذا كانت التركة موجودة[1].

أيدى الضمان الأخرى

اليد على المال قد تكون مبتدئة لم تسبق بيد أخرى عليه وقد تكون تالية ومرتبة على يد سابقة. وفى الحالين قد تكون اليد المبتدئة أو السابقة يد ضمان وقد تكون يد أمانة، وقد ذكرنا فيما سبق متى تكون اليد يد ضمان ومتى تكون يد أمانة، كما ذكرنا حكم كل منهما وأن اليد عند ابتدائها تكون يد ضمان إذا لم تستند فى وضعها على المال إلى إذن من مالكه صراحة أو ضمنا أو عرفا، أو إلى إذن من الشارع أو استندت إلى ذلك ولكن دل الدليل على تضمين صاحبها، أو كانت كما يرى الشافعية والحنابلة فى مصلحة صاحبها، وإن وضعت بإذن من المالك استنادا إلى قاعدة الغرم بالغنم؛ لأن القابض حين يقبض المال المغصوب لمنفعة نفسه خاصة دون بدل يلزمه كان ذلك غنما له يقتضى فى مقابلته غرما عليه هو ضمان القيمة عند التلف.

---

(١) البدائع ج ٧ ص ١٤٤ وما بعدها، نهاية المحتاج ج ٥ ص ١٥٥، ١٩١ وما بعدها، كشاف القناع ج ٢ ص ٣٥٤، منتهى الأرادات ج ٢ ص ٣٤٩، المغنى ج ٥ ص ٤١٢، مطالب أولى النهى ج ٤ ص ٣٨، البهجة ج ٢ ص ٣٣، المراق ج ٥ ص ٢٩٠.

أما إن كانت المنفعة للمالك خاصة فإنها تكون يد أمانة كيد الوديع؛ لأن القابض نائب عنه ويعمل له.

وإن كانت لمنفعتهما جميعا كانت العبرة بأعظم المنفعتين كيد المستأجر على العين المستأجرة فإن منفعة المالك من يد المستأجر تتمثل فى استحقاقه الأجرة وحصوله عليها مع قيام المستأجر بالمحافظة على العين ورعايتها وذلك أعظم من منفعة المستأجر التى تتمثل فى انتفاعه بها مع قيامه بدفع أجر مقابل ذلك ولذا كانت يده يد أمانة.

وقد أشرنا إلى ما فى ذلك بين الفقهاء من خلاف مرده إلى اختلاف النظر فى وجود إذن من المالك، كما فى إقدام شخص على أخذ المال من غاصبه لرده إلى مالكه أو إذن من الشارع. كما فى قيام شخص بتعليق قنديل فى مسجد لإنارته دون أن يكون من خدمته إذا ما سقط القنديل فأتلف مالا - أو فى دلالة الدليل على التضمين كما فى يد المستعير إذ قد اختلف الحنفية والشافعية فى دلالة حديث صفوان بن أمية على التضمين كما سيأتى. وهذا فيما يختص باليد المبتدئة.

أما فى اليد المترتبة أو المتفرعة عن يد أخرى فقد بينا أن كل يد ترتبت على يد عادية على الوجه الذى شرحناه تعد يد ضمان؛ لأنها استمرار للاعتداء على المال والاعتداء على المال سبب لضمانه، غير أنها قد تترتب على يد غير عادية ومع ذلك تكون يد ضمان إما نتيجة لعقد أو شبه عقد أدى إلى أن تكون يد ضمان، وإما لسبب آخر اقتضى ذلك كما فى قبض مال على أنه حق لقابضه ثم يتبين أنه ليس حقا له، وذلك كقبض مبالغ على أنه وفاء لدين على المقبض لقابضه ثم يظهر أن لا دين، كما أنها قد تكون فى بدايتها يد أمانة، ثم تنقلب إلى يد ضمان لسبب طارئ اقتضى ذلك.

فهاتان حالتان نعرضهما فيما يلى:

الحال الأولى:

ترتب يد الضمان على يد غير عادية، وذلك فيما يأتى:

أولا: القبض على السوم: وهو ما تعد فيه يدا ضامنة مع ترتبها واستنادها إلى يد غير عادية، وذلك كيد القابض على سوم الشراء وهو من يقبض العين بإذن مالكها بعد رؤيتها والاتفاق معه على مقدار ثمنها؛ ليكون له النظر فيما بعد قبضها فى إتمام شرائها أو عدمه. وهذه اليد تعد باتفاق يد ضمان لقبضها على نية التملك والضمان باتفاق مع

مالكها فلزمـه بذلك ضمانها؛ لأن القبض فى هذه الحال يعـد مرحلة من مراحل المضى فى البيع، والاتفـاق على الثمن يجعل هذا الاتفـاق شبيـها بعقد بـيع جعل فيه الخـيار للمشترى، ومن مقتضاه ضمان المبـيع المقبوض فى هذه الحال إذا قبضه المشترى ولو بإذن بائعه.

ويؤيد هذا ما ذهبـوا إليه من أن وفاة أحد الطرفين فى هذه الحـال قبل الهلاك أو عدول مريد الشـراء عنه يعود بالمقبوض أمانة فى يد قابضـه. وبدليل أن بعضهم يرى أن هلاك المقبـوض فى هذه الحال يكون بالثـمن المتفق عليـه لا بالقيمـة، وعلى هذا يكون الضمان فى هذه الحال بما يشبه العقد، وهذا ما صرح به الحنفية فى أكثر من موضع.

وإذ تلف المقبـوض على سوم الشراء ضـمنه قابضه بقـيمتـه على القول الأرجح عندهم لا بالثمن المتفق عليه.

والحكم عندهم فى المقـبوض على سوم الـرهن أن القبض فيـه موجب للضـمان أيضا، ويضـمنه القابض إذا تلف بالأقل من قـيمتـه ومن الدين المتفق عليـه كالحكم فى الرهن عند تلفه. وقد اعتبرت هذه اليد يد ضمان فى حين أنها مستندة إلى يد غير عادية هى يد مالك المال الذى أذن فى قبضه

أما المقبـوض على سوم النظر وهو ما قبض من المال بإذن من مـالكه لمجرد نظره والتروى فى أمـر الأقدام على شـرائه قبل الاتفـاق على ثمنه فقـد اختلف النظر فـيه، فالحنفـية يرون أن اليد فى هذه الحـال يد أمانة؛ لأنها وضـعت بإذن من مالك المال وأن القابض قد قبضها استيداعا لديه ليتروى فى أمر الإقدام على شرائها والمساومة فيها فكان حكمها حكم الوديعة.

والشافعية والحنابلة يرون أنها يد ضمان؛ لأنها وضعت على نية التملك والضمان فى المال باتفاق الطرفين.

وكذلك المقبـوض على سوم القرض وعلى سوم النكاح فإنه يعد مـضمونا فى يد قابضه؛ لأنه قبـضه على نية تملكه كالمقبوض على سوم الشراء، أمـا المقبوض على سوم الرهن فهو أمانة عندهم كالرهن. ومرد الاخـتلاف إلى الاختلاف فى تكييف وضع اليد أكان للتملك بعد التـروى كما يرى الشافعية والحنابلة أم كـان للتروى للنظر فى التملك بعد ذلك كما يرى الحنفية.

ثانيا: يد المرتهن: وقد يرى أن يد المرتهن على الرهن تعد من هذه الحالة فهى يد تستند إلى يد المالك الذى هو الراهن وإذنه. ولكنها يد وضعت على الرهن بنية استيفاء الدين منه عند عدم الوفاء به فى أجله والاستيفاء منه فى حكم تملكه فأشبه المقبوض على وجه العموم من ناحية أن المال فيهما فى وضع يد اتخذ طريقا إلى التملك. وقد ذهب الحنفية هذا المذهب فيما يقابل الدين من الرهن؛ لأنه المعرض لذلك، وأخذ به آخرون، ولكن بالنظر إلى الرهن جميعه لتعلق حق المرتهن به كله. ونظر غيرهم إلى قيمة الدين بناء على أنها هى المقابلة بالرهن فجعل الرهن مضمونا بها، ومن الفقهاء من لم يأخذ بذلك النظر ورأى أن الحفظ والرعاية الواجبين على المرتهن بالتزامهما للراهن يقضيان بجعل يده يد أمانة وفيما يلى مذاهب الفقهاء:

يرى الشافعية والحنابلة والمالكية أن يد المرتهن على الرهن يد أمانة؛ لأنها نتيجة عقد بين الراهن والمرتهن على أن يكون للمرتهن حق حبس الرهن ووضع يده عليه، وعليه حفظه؛ توثيقا لوفاء دينه، ومؤدى ذلك قيام يد المرتهن مقام يد الراهن وبقاء الرهن فى يده إلى وفاء الدين وذلك ما يجعل يد المرتهن عليه فى حكم يد الوديع من ناحية أنها يد وضعت للحفظ فلا تستوجب ضمانا، وعلى هذا لا يضمن المرتهن إلا بتعديه أو بتقصيره كالحكم فى الوديع، وذلك لحديث الرهن من راهنه له غنمه وعليه غرمه، ويروى ذلك عن على، وبه قال عطاء والزهرى والأوزاعى وأبو ثور، وعلى ذلك كان ضمانه عند التلف ضمان الأمانات، وهو ضمان لا يفترق فيه حكم ما يغاب عليه عن حكم مالا يغاب عليه عند الشافعية والحنابلة؛ خلافا للمالكية.

وذهب شريح والنخعى والحسن إلى أن الرهن مضمون بجميع الدين قل الدين أو كثر، لحديث الرهن بما فيه، وعلى ذلك تكون يد الراهن يد ضمان إلا أن الضمان فيها بقيمة الدين لا بقيمة الرهن نفسه فإذا تلف الرهن سقط بتلفه الدين قل أو كثر وذلك نتيجة جعله توثيقا للدين ومحبوسا به.

وذهب الحنفية إلى أنه مضمون بالأقل من القيمتين: قيمته وقيمة الدين، فإذا كان مقدار الدين ١٠٠ وقيمة الرهن ٢٠٠ وتلف فإنه يتلف على المرتهن بمائة فقط فيسقط دينه ويضيع على الراهن زيادة الرهن عند الدين، وإذا كان العكس تلف على المرتهن بمائة وتبع الراهن بمائة،ومن هذا يتبين أن يد المرتهن على ما يوازى الدين من الرهن يد ضمان، وعلى ما يزيد عليه يد أمانة؛ ذلك لأن المرتهن إنما قبض الرهن قصدا إلى الوفاء

منه فكان حدود الوفاء مقبوضا على وجه التملك أو ما يشبه ذلك وكانت اليد على هذا المقدار يد ضمان وعلى ما يزيد عليه يد أمانة، وقد روى ذلك عن عمر وسنده ما رواه عطاء أن رجلا رهن فرسا فنفق عند المرتهن فجاء إلى رسول الله ﷺ فأخبره بذلك فقال: «ذهب حقك»، أى سقط دينك، ومعنى هذا هلاكه بالدين ـ غير أن هذا يقتضى هلاكه بالدين وإن كان الدين أكثر من قيمته أو أقل، وهو رأى شريح والنخعى، فلم يكن الدليل على وفق المدعى إلا أن يقوم دليل على أن قيمة الفرس كانت أكثر من قيمة الدين.

وقد روى عن أبى بكر أن الرهن مضمون بقيمته.

وإذا لوحظ أن الرهن قد شرع وثيقة للاستيفاء ليكون طريقا إليه كان القول بأنه أمانة فى يد المرتهن منافيا لحكمة شرعه، وكان أقرب الأقوال إلى تحقيق حكمته هو ضمانه بالأقل من قيمته، ومن الدين إذ يؤمن من ضياع الدين حينئذ ولا يلحق المرتهن عنت بهلاكه إذا تلف وكانت قيمته أكثر من الدين؛ لأنه ما شرع إلا لمصلحته فلا يكون سبيلا إلى مضرته(١).

ثالثا: قبض غير المستحق على أنه مستحق له لقابضه: فى هذه الحال تكون يد القابض يد ضمان فإذا قبض شخص من آخر مالا على أنه وفاء لدين له عليه ثم يتبين أن ليس له دين قبله كانت يده يد ضمان حين قبض المال وكان للمقبض حق الرجوع على القابض بما أقبضه إياه، وكذلك إذا دفع المال على أساس وجوبه عليه نفقة لمن قبضه ثم يتبين أن ليس له عليه نفقة كانت يد القابض للمال يد ضمان وكان لمن أقبض حق الرجوع عليه ما لم يكن قد أقبضه على وجه الصلة فإنه لا يرجع فى هذه الحال كما لو عجل الزوج النفقة لزوجته عن مدة مستقبلة ثم طلقها، أو انقضت عدتها قبل انتهاء المدة التى عجلت نفقتها لم يرجع بنفقة ما بقى من تلك؛ لأنها ـ وقد دفعت نفقته ـ تتضمن معنى الصلة ولا رجوع فى الصلة وفى الوَلْوَجية: إذا عجل أبو الزوج نفقة زوجة ابنه ثم طلقها ابنه ليس له أن يسترد ما عجله لأنه لو كان الزوج هو الذى عجل لها النفقة لم يكن له ذلك عند أبى يوسف وعليه الفتوى، فكذا إذا عجلها أبوه لما فيها من معنى الصلة فى الحالين وهذا مذهب الحنفية.

---

(١) الهداية ج ص ٢٩٤ وما بعدها، الغاية، نفس الموضوع، الشرح الكبير ج ٣ ص ٢٥٤، نهاية المحتاج ص ٢٧٤، كشاف القناع ج ٢ ص ١٥٩.

وإذا استولى أحد الشركاء على الشيوع على أكثر من نصيبه فى غلة العين المشتركة كانت يده يد ضمان والتزم برد ما قبض من زيادة.

وعلى هذا الأساس كان لمن دفع رشوة إلى آخر حق الرجوع عليه بما دفعه، لأن يد المرتشى تعد يد ضمان وإن كانت قد وضعت على المال بإذن من مالكه وذلك لمكان الحرمة فى هذا الدفع فكان إذنا غير معتبر.

وجملة القول أن كل يد وضعت على مال للغير بغير إذنه وبدون مسوغ شرعى تعد يد ضمان ـ وإن وضعت على ظن من صاحبها أنه مالك؛ لأن ظنه لا يثبت له ملكا ولا يخرج به المال عن ملك صاحبه وإن ارتفع به الإثم ويكون لمستحق المال حق استرداده إن كان قائما كما يكون له حق الرجوع بالقيمة أو بالمثل عند التلف.

الحال الثانية:

وفيها تكون اليد على الأموال يد أمانة ثم يحدث ما يحيلها إلى يد ضمان؛ نتيجة خروج صاحبها عن حدود ولايته، وذلك كيد المستأجر والمضارب والشريك والوديع والمزارع والمساقى والأجير والمرتهن عند الشافعية والحنابلة، وكذا يد المستعير عند الحنفية والمالكية. والملتقط على اللقطة والأمين على مال لغيره وقع فى حجره أو سقط فى داره والوكيل ونحوهم ممن لوحظ فى أيديهم أنها نائبة عن يد المالك سواء أكان وضع أيديهم نتيجة لعقد أم نتيجة وجود المال فيها يحوزونه من أماكن أو نتيجة استيلائهم عليه بقصد حفظه ورده إلى مالكه.

وهؤلاء جميعا ملزمون بالمحافظة على هذا المال بما يحفظون به أموالهم ولا تصرف لهم إلا فى حدود ما يجوز لهم بمقتضى العقد الذى كان على أساسه وضع أيديهم أو بمقتضى إذن المالك أو إذن الشارع أو بمقتضى العرف. فإذا تجاوزوا ذلك فقصروا فى الحفظ، أو خالفوا فيما يلزمهم من رعايته سواء أكان فى الانتفاع أم فى التصرف تحولت أيديهم من يد أمانة إلى يد ضمان، لتعديهم بمجاوزتهم حدود ولايتهم والتعدى سبب للتضمين. ومثال ذلك إقدام المستأجر على تحميل دابة استأجرها ليركبها أثقالا، وإقدام والمضارب على الاتجار فى سلع نهاه رب المال عن الاتجار فيها أو على الاتجار فى بلد نهاه رب المال عن الاتجار فيه، وإقدام الشريك على الإقراض من مال الشركة أو على التبرع منه، وإقدام المزارع على زرع الأرض بغير ما تم العقد عليه مما فيه ضرر بالأرض، وإقدام المساقى على عدم تأبير النخل فى أبانه، وإقدام الأجير على

الانتـفاع بمال المؤجـر بدل أن يصلحـه، وإقدام المرتهن عـلى الانتفـاع بالرهن بدون إذن الراهن، وإقدام الملتقط على إخفاء اللقطة وعـدم تعريفها، وإقدام الأمين على المال على تأجيره أو الاتجار فيه، والوكيل على مخالفة موكله فيما وكل فيه وهكذا من كل مخالفة تتعارض مع واجبهم وما التزموا به، ففى هذه الأحـوال جميعها تتحول اليد من يد أمانَة إلى يد ضمان.

وعندئذ هل تعود أيديهم مـرة أخرى يد أمانة بعد أن صارت يد ضـمان إذا عادوا إلى الوفاق وتركوا المخالفة والتزموا حدود ولايتهم أم لا؟.

ذهب الحنفية إلى أن المستـأجر والمستعير إذا خالفـا ثم عادا إلى الوفاق لم تعد يد كل منهمـا يد أمانة بالعودة إلى الوفاق بعـد صيرورتها يد ضـمان بسبب المخالـفة. أما الوديع فإنه إذا خالف تحولت يده إلى ضمان وإذا عاد إلى الوفاق عادت يده يد أمانة كما كانت.

ووجه ذلك أن يد الوديع بمنزلة يد المودع، لأنه عامل له والمنفـعة له خاصة فكان عوده إلى الوفاق والمال فى يده بمنزلة عودة المال إلى مالكه أو فى حكم عودة المال إلى يد مالكه بطريق الإيداع فكانت لذلك يد أمانة ـ بخلاف المستعير، لأنه عامل لنفسه ولمنفعته فلم تكن يده كيد المالك، فإذا عاد إلى الوفاق لم يكن بقاء المال فى يده له حكم وجوده فى يد مالكه ومثله المستأجر فى ذلك. ولم يعتبر المستأجر عاملا للمؤجر، لأنه إنما وضع يده على المال تحصيلا لمنفعته وذلك موضوع عـقد الإجارة وهدفها، ومن ثم كان اعتباره عاملا لمنفعة نفسه بالنظر إلى هذه الناحية أقرب من اعتباره عاملا لمنفعة المؤجر.

وأنه ليرى أن فيمـا ذهب إليه الحنفية من الحكم على من استعـار عينا ليرهنها بأن يده يد أمانة ولا ضمان عليه إذا خالف ثم عاد إلى الوفاق، وتعليلهم ذلك بأنه أمين عاد إلى الوفاق فلا يضمن إشعارا بأن مذهبـهم فى الأمين مطلقا أن الشأن فيه أنه إذا خالف ثـم عـاد إلى الوفاَق فـإنه يعود إلى الأمانة(١). وإن خالفوا ذلك فى بعض المسـائل كما بينا لوجوه راعوها. وقد يرى أنهم فرقوا بين المستعيـر للعين ليرهنها والمستعير لها لينتفع بها بأن المسـتعير للرهن أقرب أن يـكون وديعا؛ لأنه لا ينتفع بالعين حينئـذ وإنما يمسكها إلى أن يسلمها للمرتهن فتكون لذلك عنده أشبه بالوديعة.

---

(١) راجع ابن عابدين ج ٥ ص ٣٦٦.

وذهب الشافعية إلى أن الأمين إذا صار ضامنا بتعديه ومخالفته ثم عاد إلى الوفاق لم تعد يده يد أمانة وظلت يد ضمان. فالوديع إذا خالف أو انتفع بالوديعة صارت يده يد ضمان، فإذا عدل عن ذلك وعاد إلى الوفاق لم تعد يده يد أمانة وظلت يد ضمان، وكذلك الحكم إذا جحدها ثم أقر بها وعندئذ يلزمه الرد فورا، فإن أحدث له المالك استئمانا جديدا أو أذن له فى الحفظ أو أبرأه أو أودعه مرة أخرى صار بذلك أمينا على أصح القولين عندهم.

والقول الثانى لا يبرأ من الضمان حتى يردها ـ لقوله ﷺ: «على اليد ما أخذت حتى تؤديه».

ومثل الوديع فى التضمين بالمخالفة المرتهن والوكيل غير أن الوديع يلزمه بالخلاف الرد فى الحال لانتهاء الوديعة وارتفاعها بمخالفته بخلاف المرتهن والوكيل فإن خلافهما لا يترتب عليه فسخ الرهن ولا الوكالة، ولذا لا يلزمهما الرد عند حدوث الخلاف، وإن صارت يدهما به يد ضمان.

وكذلك الحكم فى المستأجر إذا خالف يصير بخلافه ضامنا وهو قول الحنفية، ولكن لا تنفسخ الإجارة ويظل مستأجرا ضامنا لما تحت يده[١].

وإلى هذا ذهب الحنابلة ولم يفرقوا فى الحكم بين حدوث الخلاف فى سلعة هى وديعة وفى إحدى سلعتين وديعتين فإن يده تعتبر يد ضمان بالنسبة إلى السلعتين جميعا؛ لأن التعدى يترتب عليه حكمه، وهو الضمان سواء أكان فى الجزء أم فى الكل[٢].

ويتصل بهذا الموضوع ثلاث مسائل:

المسألة الأولى:

أن يد الأمانة تستمر على وضعها ما دام واضع اليد على الصفة التى عليها ثم وضع يده، فالوديعة أمانة فى يد الوديع مادام وديعا، والعين المستأجرة أمانة فى يد المستأجر مادام مستأجرا، ورأس مال المضاربة أمانة فى يد المضارب مادام مضاربا، ومال الشركة أمانة فى يد الشريك مادام شريكا، فإذا زالت هذه الصفة بسبب من الأسباب كانتهاء العقد الذى أضفى عليه هذه الصفة بسبب من أسباب انتهائه كالوديع بعد انتهاء

(١) نهاية المحتاج ج ٦ ص ١٢٨.
(٢) كشاف القناع ج ٢.

الوديعة أو بعد امتناعه عن تسليم الوديعة بعد طلبها، والمستأجر بعد انتهاء إجارته بانتهاء مدتها، والمضارب بعد فسخ المضاربة، والشريك بعد موت سائر الشركاء وهكذا ـ إذا حدث شيء من ذلك وجب رد المال إلى مالكه ما لم يستوجب بقاءه فى يد القابض بعد ذلك سبب شرعى آخر، وعند زوال هذه الصفة يجب النظر فيمن يجب عليه الرد ومئونته: أهو صاحب المال أم ذو اليد؟ فإذا كان ذا اليد وجب عليه أن يسارع إلى الرد فإذا مضت مدة كان يمكنه فيها الرد ثم لم يرد بلا عذر كان المال فى يده بعد هذا التمكن مضمونا لتحول يده إلى يد ضمان، أما عند العذر فلا تتغير صفته إلا بزوال العذر وإهمال الرد بعد التمكن منه، وذلك كالمستعير فإن مئونة رد العارية عليه فإذا انتهى عقد الإعارة وجب عليه رد العارية إلى صاحبها، ويده عليها يد أمانة عند الحنفية حتى تمضى مدة يتمكن فيها من الرد ثم لا يرد بغير عذر.

أما عند الشافعية والحنابلة فقد أشرنا فيما سبق إلى أن يده عليها يد ضمان مطلقا ـ وكالوديع فإن استرداد الوديعة ومئونتها على صاحبها فإذا أنهاها ثم قصر فى استردادها فلا ضمان على الوديع إذا تلفت ـ والمستأجر فإن مئونة رد العين المستأجرة على مالكها، فإذا ما انتهت الإجارة فقصر المالك فى استردادها لم يغير ذلك من صفة المستأجر حتى إذا تلفت لا يضمن، وهكذا ـ وبناء على ما ذكر كانت يد الزوج على المهر المعين بعد عقد الزواج يد ضمان لوجوب تسليمه إلى الزوجة.

ويد الزوجة على المهر المعين قبل تأكده بالموت أو بالدخول يد ضمان إذا ما وقعت الفرقة من قبلها الدخول أو من قبله، لوجوب رده أو رد نصفه إلى الزوج عند ذلك[١].

ويلاحظ فى عقود الشركات والوكالة والوديعة والعارية والهبة بعد الرجوع فيها ـ وهى العقود غير اللازمة ـ أن اليد فيها على المال يد أمانة، وفى استمرار اليد بعد انتهائها رأيان للفقهاء:

أحدهما: بقاء اليد على حكمها فلا تتحول إلى يد ضمان باستمرارها، استصحابا لحكمها السابق مادام واضع اليد غير ممتنع عن التسليم عند الطلب؛ ولم يحدث ما يوجب الرد على صاحبها فورا.

وثانيهما: أنها تتحول إلى يد ضامنة إذا لم يبادر صاحبها إلى رد المال لصاحبه ما لم يوجد عذر، أو مبرر شرعى وذلك مع ملاحظة ما أشرنا إليه آنفا من وجوب الرد

---

(١) كشاف القناع ج ٢ ص ٣٥٤.

ومئونته على مالك المال أو على صاحب اليد؛ إذ لا تصير يد ضمان إذا كان استردادها واجبا على المالك، ثم قصر فى ذلك.

وكذلك الحكم فى المال يحدث فى حيازة إنسان بسقوطه فى حجره، وفى حيوان يدخل دار إنسان من تلقاء نفسه، أو فى مال يصير إلى يد إنسان بسبب كونه فى يد مورثه من قبل وفاته فإن يده عليه يد ضمان؛ لأنها وضعت على مال بغير إذن صاحبه ولكن إذا كان لا يعرف صاحبه فذلك عذر يحول دون اعتباره ضامنا فتعد يده يد أمانة إلى أن يعرف صاحبه ثم يقصر فى رده وإلا كان أمينا بعدم تمكنه من رده وعدم قدرته فإذا تلف فى يده فلا ضمان عليه.

ومن هذا النوع بقاء العين فى يد قابضها بعقد معاوضة بعد انفساخه كبقاء المبيع فى يد مشتريه بعد انفساخ عقد البيع بخيار عيب أو خيار شرط. وحكم اليد بعد بقائها فى هذه الأحوال يتبع وضع المال أو العين قبل العقد، فإن كان فى ضمان المالك قبل العقد بقى على ضمانه بعد انفساخه أو انتهائه، وإن ظل فى يد الثانى، ما لم يحدث ما يصير به الثانى المتملك ضامنا كأن لم يرده إلى صاحبه مع وجوب رده عليه، ففى هذه الحال تصير يده يد ضمان لاستمرار وضع يده على مال مملوك لغيره بغير إذنه.

وقيل: إذا كان انتهاء العقد بسبب فسخه من المملك، أو باتفاق بينه وبين المتملك فلا ضمان بسبب استمرار يده بعد انتهاء العقد لبقاء الإذن بها وإن كان بسبب من المتملك - صاحب اليد - كانت يده يد ضمان لتسببه فى الفسخ وحده وانتهاء الإذن بها عند ذلك.

وقيل: إن الحكم بعد الفسخ مطلقا كالحكم قبله فإن كانت اليد قبل الفسخ يد ضمان كان استمرارها كذلك، أى استمرار ضمان وإلا فلا.

وعلى هذا الخلاف كان الخلاف فى يد المشترى على المبيع بعد انفساخ البيع بالإقالة أو بالخيار من البائع أو بالخيار من المشترى فهو على ضمان المشترى إذا تلف؛ لأن يده يد ضمان وذلك ما يراه بعض الفقهاء. وهو على ضمان البائع فى رأى آخرين، لأن يد المشترى يد أمانة وضعت عليه باتفاق الطرفين وكذلك الحكم فى استمرار يد المستأجر على العين المؤجرة بعد انتهاء الإجارة أو انفساخها.

ويتصل بهذا الموضوع ما تعتبر به العين مستردة إلى صاحبها وذلك بمراعاة ما يتحقق به التسليم الواجب على صاحب اليد - أتكفى فيه التخلية بين العين ومالكها فيعد بها متسلما أم يجب لتحققه نقل العين إليه ودفعها إليه أو إحضارها لديه، ذلك ما اختلف فيه فقهاء المذاهب.

فالحنفية يرون الاكتفاء بالتخلية فى بعض الأحوال، لتحقق التسليم، وهو رأى لغيرهم. وفريق آخر يرى أنه لا تكفى التخلية بل يجب تحقق التسليم فعلا فيما يقبله، حتى لا تكفى فيه التخلية ويعد قابض المال معها ممتنعا منه وتكون يده يد ضمان. ففى العين المستعارة يوجب الحنفية نقلها إلى مالكها، ولا يكتفى فى وضع اليد عليها بالتخلية، وفى العين المستأجرة تكفى التخلية بينها وبين مالكها، لاعتباره متسلما لهذا وتكفى التخلية فى العقار مطلقا معارا أو مودعا.

وفى هذا الموضوع خلاف كبير بين الفقهاء يرجع إلى اختلاف الأعراف فيما يعد إقباضا وتسليما ومالا يعد كذلك. فمن الفقهاء من يرى أن المبيع مثلا من أى نوع فى ضمان البائع قبل تسليمه ويده عليه يد ضمان، ثم يختلفون أتعد التخلية فيه تسليما أم لا.

ومن الفقهاء من يرى أن المبيع إذا كان متميزا دخل فى ضمان المشترى بمجرد العقد سواء تمكن من القبض أو لم يتمكن مادام أن البائع لم يمتنع عن تسليمه. بخلاف ما إذا لم يكن متميزا كصبرة من طعام فلا يدخل فى ضمان المشترى إلا بالتسليم فعلا دون الاكتفاء بالتخلية.

ومن الفقهاء من يرى أنه يدخل فى ضمان المشترى متى كان متمكنا من قبضه، ولا يدخل فى ضمانه إذا لم يكن متمكنا سواء فى ذلك المتميز وغيره، وهكذا مما يرجع فى بيانه وتفصيله إلى مواضعه.

وكذلك يتصل بهذا الموضوع انتقال العين فى هذه الأحوال إلى يد أخرى بتصرف يباشره واضع اليد عليها، فإذا كان هذا التصرف جائزا ولواضع اليد ولاية عليه كانت الثانية التى انتقلت إليها العين يد أمانة؛ لأنها حينئذ تعد استمرارا ليد سابقة عليها هى أمانة فتكون فى حكم النائبة عنها ويكون لها حكمها ـ وذلك فى إجارة المستأجر للعين المستأجرة إلى غيره فى مدة إجارته إذا لم يمنع من ذلك مانع شرعى، وعندئذ لا يكون أحدهما ضامنا بتلفها فى يد المستأجر الثانى ـ فإن منع من ذلك مانع شرعى كان كل ضامنا عند التلف واستقر ضمان العين على الأول إن كان الثانى جاهلا بالحال، أما إن كان عالما بذلك فإن الضمان يستقر عليه؛ لتعديه بالقبض ولتلف العين فى يده.

وكذلك الحكم فى إعارة المستأجر العين المستأجرة لغيره فإذا تلفت فى يد المستعير فلا ضمان على أحدهما عند التلف، إذ إن ذلك تصرف جائز له وفى ولايته سواء أكان

الثانى عالما أم جاهلا فكانت يد كل منهما على العين يد أمانة ولا ضمان فى يد الأمانة عند الحنفية ومن ذهب مذهبهم، وكذلك الحكم عند الشافعية فإنهم يرون أن المستعير من المستأجر والموصى له بالمنفعة لا يضمن بالتلف؛ لأن يده فى هذه الحال يد نائبة عن يد أمانة؛ ولذا لم يختلف مذهبهم فى هذه المسألة عن مذهب الحنفية؛ ولذا كان المستعير من المستأجر أمينا على الصحيح عندهم، خلافا لمن ذهب منهم إلى تضمينه(١).

وكما فى إيداع الوديع غيره فمن ذهب من الفقهاء إلى أن له ولاية الإيداع لدى الغير يرى أن كلا الوديع الأول والوديع الثانى أمين ولا ضمان على أحدهما عند تلف الوديعة فى يد الثانى، ومن يرى حظر ذلك عليه يرى تضمينها عند التلف ويستقر الضمان على الأول عند جهل الثانى، لغروره، أما عند علمه بحال من أودعه وأنه متعد بإيداعه إياه فإن الضمان يستقر عليه بقبضه وتلف الوديعة تحت يده.

وكما فى المضاربة إذا دفع رأس مال المضاربة إلى آخر ليضارب فيه، فإن يد كل منهما تعد يد أمانة إذا كان المضارب مأذونا فى ذلك أو مفوضا إليه، فإذا تلف المال فى يد الثانى فلا ضمان على أحدهما وإن لم يكن ذلك مأذونا فيه من رب رأس المال فتلف المال فى يد الثانى كان لرب المال أن يضمن أيهما شاء؛ لحدوث التعدى من كل منهما ويستقر الضمان على الأول؛ لاستقرار الضمان عليه إن كان الثانى غير عالم بالحال لدخوله على الأمانة فإن كان عالما استقر الضمان عليه ولا رجوع له على الأول إذا غرم، لحصول التلف فى يده مع تعديه بأخذ المال وقبضه من غير ذى ولاية.

وكما فى العارية إذا أعار المستعير العين المستعارة لغيره فتلفت فى يد المستعير الثانى، ففى حال جواز ذلك لا ضمان عليهما عند الحنفية؛ إذ المستعير فى نظرهم أمين ويده على العارية يد أمانة فيستوى فى ذلك الأول والثانى، وفى حال عدم الجواز يكون لمالك العين المستعارة أن يضمن أيهما شاء؛ لتعديه، ويستقر الضمان على الأول عند جهل الثانى، لدخوله على الأمانة، وعند الشافعية والحنابلة: للمالك فى حال الجواز أن يضمنهما قيمة العين دون منفعتها وذلك مقتضى العقد، ويستقر الضمان على الثانى لحصول التلف فى يده، ويستوى فى ذلك حال علم الثانى وجهله بها، وذلك لجواز التصرف وصدوره ممن يملكه - وفى حال حظر ذلك التصرف على الأول يضمنان العين ومنفعتها فى مدة إعارة الثانى دون منفعتها فى مدة إعارة الأول، لجواز الإعارة للأول

(١) راجع نهاية المحتاج ج ٥ ص ١٢٧، والقواعد لابن رجب.

وعدم جوازها للثانى، أما ضمان العين حينئذ فلتعديهما الأول بسبب تصرفه المحظور عليه، والثانى بسبب قبضه مالا من غير ذى ولاية، إذ لم يؤذن فيه من المالك ويستوى فى ذلك حال علم الثانى وجهله ويستقر الضمان على الثانى، لحصول التلف فى يده.

وقيل: لا يستقر عليه عند الجهل وإنما يستقر على الأول، لغرور الثانى حينئذ ولا يستقر عليه الضمان لدخوله بالاستعارة، وذلك لعدم صحة الإعارة له والضمان إنما يكون أثرا لصحتها، وهو إلى ذلك مغرور، لجهله بالحال، وأما ضمانها المنفعة فلفواتها على المالك بسبب الاعتداء عليها فصارت كمنفعة المغصوب إذا استوفاها غاصب من المستأجر.

وجملة القول أن واضع اليد على العين إذا أقدم على تصرف محظور عليه كان متعديا وصارت يده يد ضمان وكانت اليد التى ترتب عليها يد ضمان أيضا،وإذا تلفت العين تحتها كان المالك بالخيار إن شاء ضمن واضع اليد الأولى، لتعديه بالتصرف المحظور عليه فيها، وإن شاء ضمن واضع اليد الثانى، لتعديه بتسلمها وتلفها عنده، فإذا ضمن الثانى رجع على الأول عند عدم العلم بالحال للغرور فيستقر الضمان عليه كما ذكرنا، وفى إقدام المستأجر على التأجير لغيره أو على إعارته أو نحو ذلك مع قيام يده على المال دليل ملكه وبذلك يغر الثانى. أما عند العلم بالحال فلا غرر فيستقر الضمان على الثانى، لإقدامه على وضع يده مع علمه بعدم ولاية من أجره، أو من أعاره، أو من أودعه مع حدوث التلف فى يده.

ويرجع فيما يجوز من التصرفات لهؤلاء وما لا يجوز إلى مواضعه من كتب الفقه فى أبواب عقود الأمانات.

المسألة الثانية:

يد الأجير المشترك.

العين فى يد من يستأجرها لمنفعته أمانة ـ ذلك هو الأصل وهومقتضى عقد الإجارة من ناحية أنه عقد يقتضى تسليم العين المستأجرة إلى المستأجر وتمكين الأجير من عمله بتسليمه ما التزم بالعمل فيه من مال، وعلى ذلك كانت يد المستأجر على العين المستأجرة للانتفاع بها يد أمانة مادام لم يتجاوز حقه فى الانتفاع بها بمقتضى العقد عليها والعرف، لأن ما يوجبه العرف يعد بالنظر إلى العقود كالشرط فيها.

أما إذا كانت في يد أجير فإن كانت محلا لعمله المستأجر عليه كالخياط أعطى قماشا، ليخيطه ثوبا والقصار أعطى ثوبا لتقصيره، أو كانت وسيلة من وسائل قيامه بعمله المستأجر عليه، كالأواني في يد الطباخ لصنع الطعام فيها أو ليحفظه فيها، والنموذج أعطى للصانع ليصنع على مثاله، والأداة أعطيت له ليستخدمها في عمله ونحو ذلك فالحكم فيها على التفصيل الآتي.

إن كان الأجير خاصا فيده على كل ما تطلب عمله أن يضع يده عليه وعلى كل ما استحفظ عليه أمانة، وكذلك ما وضع يده عليه لمنفعة المؤجر وبإذنه لا ضمان عليه فيه عند التلف إلا إذا كان نتيجة تعد أو تقصير. وعليه فجميع ما يتلف في يده سواء كان بعمله أو بغير عمله بأن كان بسبب سماوي غير مضمون عليه إذا لم يكن ذلك عن اعتداء أو تقصير. والتطبيق في ذلك بين واضح وذلك هو مقتضى عقد الإجارة.

والأجير الخاص هو من استؤجر مدة معلومة، ليكون عمله فيها لمستأجره دون غيره فتكون له منفعة فيها، ولا يحق له أن يعمل لغيره فيها كخادم المنزل والطاهي فيه وسائق السيارة الخاص وموظف الحكومة، وأمثال هؤلاء ممن ليس لهم أن يتقبلوا من شخص آخر عملا في مدة العقد، ويده على ما تحت يده من الأموال يد أمانة عند جميع الفقهاء، ولو شرط عليه الضمان فالشرط باطل ولا ضمان عليه فيها إلا بالتعدى أو بالتقصير.

وكذلك الحكم في يد الأجير المشترك، لأنها يد مأذون فيها ويستلزمها عمله ولم تكن إلا لمنفعة المستأجر فلا ضمان فيها إلا بالإتلاف أو التقصير، وهذا مقتضى عقد الإجارة، وإلى هذا ذهب الإمام أبو حنيفة وزفر والحسن بن زياد، وهو أظهر قولين للشافعي ولا فرق عندهم بين أن يكون ذلك المال محلا لعمله أو ليس محلا له ولكن يتطلب العمل وجوده تحت يده كنموذج يعمل على مثاله، وسواء كان الإتلاف قبل بدء العمل أو في أثنائه أو بعد انتهائه، ويروى هذا القول عن عطاء وطاووس من كبار التابعين.

وخالف في ذلك كثير من الفقهاء، لمصلحة اقتضته؛ وذلك لما لاحظوه في الأجَراء من عدم الحرص على أموال غيرهم وتهاونهم في عملهم.

فذهب مالك وأحمد إلى أنه ضامن لما هو محل لعمله من الأموال التي تحت يده فيده عليها يد ضمان، ولا يضمن غير ذلك من الأموال مما يكون تحت يده؛ لأن يده

عليها يد أمانة، إذ لا تعدو أن تكون وديعة تحت يده استحفظ عليها، أو ليترسمها مدة من الزمن إن كانت نموذجا، أو يحفظها إن لم تكن كذلك. أما ما كان محلا لعمله فيده عليه يد ضمان، صيانة لأموال الناس وقد روى هذا عن علي وعمر وعبد الله بن عقبة وشريح وهو قول آخر للشافعي روعى فيه صيانة أموال الناس، وقد قيل إن أمر الناس والأجراء لا يصلح إلا على هذا حتى لا يكون ما يحول بين الناس وبين تسليمهم أموالهم للأجراء للعمل فيها من خوف عليها، وحتى يقبل الناس على تشغيل الأجراء دون خوف منهم.

وإلى هذا القول ذهب أبو يوسف ومحمد إذا كان سبب التلف مما يمكن الاحتراز عنه، لأن التلف بسبب يمكن الاحتراز عنه مظنة للتقصير فيجب الضمان لذلك، أما مالا يمكن الاحتراز عنه فالأجير معه غير ضامن، لانتفاء مظنة تقصيره، وعلى ذلك فلا ضمان فى الحريق الغالب والسيل الجارف بخلاف ضياع بسرقة أو تلف بسقوط مثلا، وتطبيقا لما ذكر يضمن الحائك ما أتلفه بحياكته، والقصار ما تخرق بدقه، والحمال ما تلف بسقوطه من فوق دابته أو بسبب عثرته ونحو ذلك.

وقد اشترط المالكية فى تضمين الأجير المشترك ألا يكون عمله فى بيت المؤجر، فإن كان يعمل فيه فلا ضمان عليه، ولو كان عمله فى غيبته.

وألا يكون فى الصنعة تغرير وتوقع للتلف كما فى ثقب اللؤلؤ.

ويضمن الأجير قيمة ما تلف يوم دفع إليه، ولا ضمان عند الجميع على أجير الصانع إذا لم يظهر عليه فساد؛ لأنه أجير خاص.

ومن الحنفية من فرق فى الأجير المشترك بين الأجير المصلح وغير المصلح فذهب إلى عدم تضمين الأول، وإلى تضمين الثانى، وقد أفتى بعدم ضمانه مطلقا كما أفتى المتأخرون بالصلح على نصف القيمة مطلقا.

وفى الخيرية أن الأقوال التى ذهب إليها الحنفية كلها مصححة أفتى بها - وعلى هذا فالقاضى يتخير منها ما تقتضيه ظروف الحادثة.

وذكر ابن عابدين أن محل الخلاف إنما هو فى الإجارة الصحيحة، أما الإجارة الفاسدة فلا ضمان فيها اتفاقا، لأن العين حينئذ تكون أمانة فى يده، لكون المعقود عليه هو المنفعة مضمونة بأجر المثل، وقد وضعت اليد فيها بإذن من المالك ولم يكن الناس فى حاجة إليها كحاجتهم إلى الإجارة الصحيحة.

المسألة الثالثة:

النظر إلى ضمان العين أو عدم ضمانها إنما يكون له أثره إذا ترتب على تلفها ثبوت حق المطالبة بضمانها لشخص من الأشخاص فعند ذلك ينظر أكانت عند التلف أمانة، وعندئذ لا تكون مضمونة ولا مطالبة لأحد بضمانها أم كانت مضمونة، وعندئذ يسأل عمن يجب عليه ضمانها من صاحب اليد عليها أم غيره. وعمن يكون له الحق في المطالبة به.

وقد بينا فيما سبق أن ذلك إنما يكون في المال المتقوم المملوك. واليد عليه عند التلف قد تكون لمالكه وقد تكون لغيره.

فإذا كانت لمالكه فضمانه عليه؛ لأن تلف المال المملوك على مالكه ما كان المال والتلف في يده ولا ينتقل عنه ضمانه إلا بانتقال الملك والتسليم إلى المالك الجديد على ما ذهب إليه جمهور الفقهاء - وقد عرضنا فيما سبق لبيان ما يتم به التسليم واختلاف آراء الفقهاء، وأن من فقهاء الحنابلة من ذهب إلى انتقال الضمان متى أمكن للمالك الجديد أن يتسلم وإن لم يتسلم فعلا.

بناء على ما ذكر يكون ضمان المبيع قبل تسليمه إلى مشتريه على بائعه، أما بعده فيكون على مشتريه مع مراعاة الخلاف فيما يتم به تسليمه. وعلى ذلك إذا تحقق ما يعتبر به متسلما كان ضمانه عليه ولو كان تلفه في يده البائع.

وإذا كانت اليد على المال لغير مالكه فقد يكون انتقالها إلى يده بغير حق وعندئذ يعد اعتداء ممن أزال يد المالك ووضع يده وبه يصبح مسئولا عن ضمانه إذا تلف. أما إذا كان بحق فقد يعد مع ذلك أمانة في يد من انتقل إليه فلا يسأل عن ضمانه، وعندئذ يظل المال على ضمان مالكه حتى يحدث من واضع اليد ما يستوجب تضمينه من تقصير أو اعتداء وذلك كما في الوديعة وجميع الأمانات، وقد يعد مضمونا في يد من انتقل إليه، وضمانه في هذه الحال ليس ضمان اعتداء؛ إذ لا اعتداء وتتناول هذه الحال، بيان الحكم في الأحوال الآتية:

١ - تسليم الرهن إلى المرتهن عند الحنفية.

٢ - قبض السلعة على سوم النظر أو سوم الشراء.

٣ - قبض العارية وتسليمها إلى المستعير عند الشافعية والحنابلة.

٤ - قبض المشترى المبيع حيث يكون في البيع خيار شرط للبائع أو للمشترى.

٥ ـ تسليم المبيع إلى المشترى بشراء غير صحيح.

٦ ـ بقاء المبيع فى يد المشترى بعد انفساخ العقد «مع ملاحظة أحوال الخيار».

وفيما يلى التفصيل:

أولا: فأما وضع المرتهن يده على الرهن فلا ضمان فيه عند الشافعية ومن ذهب مذهبهم على ما بينا فيما تقدم، وإنما يوجب التضمين عند الحنفية ومن ذكرناهم فيما سبق على اختلاف بينهم فيما يضمن به الرهن، وقد فصلنا القول فى ذلك فى كلامنا فى الحال الأول.

والقائلون بالضمان يؤسسون مذهبهم إما على أنه ضمان اقتضاه عقد الرهن فكان أثرا من آثاره بناء على أنه عقد توثق به الدائن وحصل به على ما فيه وفاء لدينه أو بعضه أو على ما ارتضاه وفاء لذلك إذا عجز المدين أو ماطل فى الوفاء فكان دخول المرتهن فيه مما يعتبر دخولا على الضمان فى سبيل الوفاء بدينه واعتبر العقد لذلك مرحلة أولى من مراحل الوفاء، وعلى ذلك كان ضمان الرهن ضمان عقد عند القائلين به وأما على أنه ضمان نص من الشارع وقد سبق القول فى ذلك.

ثانيا: وأما قبض السلعة على سوم الشراء أو النظر فالضمان فيه كما قدمنا ضمان بما يشبه العقد بين المالك والمتسلم إذ كان عن اتفاق بينهما هو فى حكم المرحلة الأولى من مراحل التملك بالبيع، فكان للتسلم فيها حكم عقد البيع إذا شرط فيه الخيار للمشترى من ناحية الضمان، وقد سبق القول فى ذلك وما يتصل به من القبض على سوم القرض أو الرهن.

ثالثا: وأما قبض المستعير العارية فالضمان فيه عند الشافعية والحنابلة ضمان عقد، أى أنه ضمان اقتضاه عقد العارية، وهو مذهب أشهب من المالكية. واحتجوا بقوله ﷺ لصفوان بن أمية: «لا بل عارية مضمونة»، وذلك حين استعار منه سلاحه ودروعه يوم حنين وقال له صفوان: أغصب يا محمد؟وبأن المستعير قد قبض ما لغيره لمنفعته خاصة، وذلك بناء على عقد العارية الذى التزم به رد ما استعاره إلى مالكه فوجب أن يكون ضامنا نتيجة لالتزامه الرد على المعير، ولأن الغنم فى انتفاعه بالمجان يقتضى غرمه بضمان قيمته عند تلفه، وإذن المالك بقبضه لا يجعل يده نائبة عن يده؛ لأن إذنه إنما كان لتمكين المستعير من الانتفاع الذى هو حكم العقد فلا يكون له أثر فيما وراء ذلك. وبما رواه ابن عباس وأبو هريرة وهو أن النبى ﷺ قال: «على اليد ما أخذت حتى تؤديه».

وذهب الحنفية والزيدية والإمامية إلى أن المستعير أمين ولا يلزمه ضمان عند التلف وإذا شرط عليه الضمان لم يصح الشرط وقيل يصح ـ واحتجوا بأن لفظ العارية وما فى معناه لا ينبئ عن التزام بالضمان، ولم يقع القبض فيها تعديا حتى يترتب عليه التضمين، وإنما وقع بإذن من المالك وإن كان للتمكين من الانتفاع. والالتزام بالرد عند انتهاء العارية بناء عليها لا يوجب التضمين كما فى الوديعة. ولا حجة لهم فيما رووه للاختلاف فى متنه، فقد روى أنه عليه الصلاة والسلام قال: «عارية» ـ بدون وصف ـ كما روى أنه قال: عارية مردودة. ولو كان الضمان أثرا من آثار العقد لكان وصفها فى الحديث لغوا من القول، وذلك ما لا يكون من أفصح العرب ـ وقد يرد هذا بأن الوصف إنما كان للتشريع والإعلام بالتضمين إذا كان ذلك قبل تشريع الضمان فى العارية(١). ولتأمين صفوان على ماله إذا كان ذلك بعد التشريع.

والأصح أنها مضمونة بقيمتها وقت تلفها مثلية كانت أو قيمية عند الشافعية(٢)، وذهب أحمد إلى أنها مضمونة بقيمتها يوم التلف إن كانت قيمية وبمثلها إن كانت مثلية(٣)، وشرط عدم الضمان فيها لغو عندهم جميعا.

رابعا: وأما قبض المشترى المبيع حيث يكون فى المبيع خيار شرط للبائع أو للمشترى فإن المبيع يكون فى ضمانه بائعه مادام فى يده، فإذا تلف فى يده تلف عليه بالثمن وبطل البيع وإتلاف المشترى إياه بعد تسلمه يمضى به البيع ويلزم.

وإذا أتلفه أجنبى كان المشترى بالخيار إن شاء ضمن البائع واسترد الثمن، وبذلك يضمنه ضمان عقد بالثمن ويرجع البائع على الأجنبى بقيمته فيضمنه الأجنبى ضمان إتلاف وتعد، وإن شاء أمضى البيع وضمن الأجنبى قيمته ضمان تعد وإتلاف.

وكذلك الحكم إذا تعدى عليه البائع فأتلفه فيكون للمشترى الخيار بين أن يضمن البائع ضمان عقد بالثمن، لعدم تسليمه ويبطل البيع، وأن يضمنه ضمان إتلاف بالقيمة، لتعديه على ملكه وعندئذ يمضى البيع(٤). أما إذا تسلم المشترى المبيع وليس فى البيع خيار فإنه بتسلمه يدخل فى ضمانه، وإذا هلك بأى سبب هلك عليه.

---

(١) الشرح الكبير للدردير ج ٣ ص ٢٥٤، الهداية ج ٧ ص ٩٩ البدائع ج ٧ ص ٢٢٧.
(٢) نهاية المحتاج ج ٣ ص ١٤١.
(٣) كشاف القناع ج ٢ ص ٣٣٦.
(٤) ذلك ما استظهره ولا يبطل البيع بناء على تعذر التسليم فى هذه الحال لتنازل المشترى عنه.

وأما إذا كان فى البيع خيار فقد يكون للبائع وقد يكون للمشترى ـ فإذا كان للبائع وهو خيار شرط كان ملك البائع مستمرا بعد التسليم، لأن الخيار للبائع يمنع خروج المبيع من ملكه عند الحنفية، وعلى ذلك إذا تلف المبيع فى هذه الحال قبل إمضاء البيع أو فسخه ضمنه المشترى؛ لأنه يعد فى ضمانه من وقت تسلمه ويضمنه فى هذه الحال ضمان يد فيلزم بقيمته لقبضه على الضمان وينفسخ العقد لزوال محله قبل تمامه، وإذا كان للمشترى كان هلاك المبيع فى يده عليه بالثمن ومضى العقد ولزم بهلاكه. ذلك هو الحكم عند ثبوت خيار الشرط، أما خيار الرؤيا فلا يمنع من ترتب آثار العقد عليه بخلاف الشرط، وعلى ذلك يكون هلاك المبيع فى يد المشترى من قبيل هلاك المال فى يد مالكه؛ لانتقال الملك إليه بالعقد، ذلك ما ذهب إليه الحنفية.

ويرى المالكية أن خيار الشرط يمنع ترتب اثار العقد عليه سواء أكان للبائع أم للمشترى، وعلى ذلك يظل المبيع فى ملك البائع مدة الخيار ويكون فى ضمانه فإذا هلك هلك عليه ما دام فى يده فإذا قبضه المشترى كانت يده يد أمانة فإذا ادعى تلفه أو ضياعه فإن البائع يضمنه إلا إذا ظهر كذبه أو كان مما يعاب عليه فإن ضمانه يكون على المشترى(١).

ومذهب الشافعية أن ملك المبيع فى مدة الخيار لمن له الخيار فهو للبائع إذا كان الخيار له، وهو للمشترى إذا كان الخيار له فإذا هلك فى يد المشترى والخيار له هلك عليه، لأنه المالك له، وإذا كان فى يد المشترى فهلك والخيار للبائع هلك على البائع ولا ضمان على المشترى؛ إذ إن يده كانت يد أمانة، لأنها وضعت بإذن من مالكه فأشبهت يد الوديع(٢).

ويرى الحنابلة أن اشتراط الخيار فى البيع لا يحول دون ترتب آثار العقد عليه، وبناء على ذلك إذا هلك المبيع فى يد المشترى فإنه يهلك عليه؛ لأنه المالك له سواء أكان الخيار له أم للبائع(٣).

خامسا: وأما إذا قبض المشترى شراء فاسدا المبيع فإن يده عليه تكون يد ضمان أثرا لعقده؛ إذ كل عقد يجب الضمان فى صحيحه يجب أيضا فى فاسده، وهى قاعدة متفق

---

(١) الخرشى ج ٥ ص ٣٧.
(٢) نهاية المحتاج ج ٤ ص ١٩.
(٣) المغنى ج ٤ ص ٢٦ وكشاف القناع ج ٢ ص ٥٠.

عليها فى جميع المذاهب وعلى ذلك يكون المشترى شراء فاسدا ضامنا للمبيع إذا تسلمه، فإذا تلف تلف عليه ويضمنه حينئذ بقيمته لا بالثمن المتفق عليه، وضمانه فى هذه الحال ضمان يد لا ضمان عقد، ولا أثر للاتفاق بين طرفى العقد على ثمنه؛ لبطلان هذا الاتفاق بفساد العقد، وإلى هذا ذهب الجمهور، وذهب آخرون إلى أن المشترى يضمنه ضمان عقد بالثمن المتفق عليه أيا ما كان مقداره.

ويرى الحنفية أن المشترى شراء فاسدا إذا قبض المبيع برضى من البائع ولم يكن فى البيع خيار شرط ملكه بالقبض إلا فى ثلاث: بيع الهازل، وفى شراء الأب من ماله لطفله، وفى بيعه ماله لطفله فاسدا فلا يملكه حتى يستعمله. ويضمنه المشترى بمثله إن كان مثليا وإلا فبقيمته وذلك إذا هلك أو تعذر رده.

والمعتبر قيمته وقت قبضه، إذ به يدخل فى ضمانه.

ويجب على كل من المشترى والبائع فسخه، ولذا يجب رده مادام قائما فى يد المشترى وإذا هلك عليه بقيمته أو بمثله كما ذكرنا.

أما إذا كان العقد باطلا فقبض المشترى المبيع لم يضمنه بقبضه وكانت يده عليه يد أمانة؛ لأنه قبضه بإذن مالكه ولا وجود للعقد، لبطلانه.

وفى «القنية» أن الصحيح ضمانه بقيمته كما هو الحكم فى الشراء الفاسد واختار السرخسى وغيره هذا القول، وقيل: إن عليه الفتوى وهو مذهب الأئمة الثلاثة، لبطلان الإذن بقبضه تبعا لبطلان ما تضمنه وهو البيع فكان وضع اليد عليه وضعا لا مسوغ له شرعا وذلك كاف فى اعتبار يده حينئذ يدا عادية.

ويلاحظ أن الأئمة الثلاثة لا يفرقون فى الحكم بين بيع فاسد وبيع باطل،فكلاهما بيع غير صحيح، ولا اعتبار لوجوده فى نظر الشارع؛ ولذا كان الحكم واحدا عندهم فى الحالين، وهو ضمان المبيع فى يد من اشتراه شراء غير صحيح.

سادسا: أما اليد التى يعد استمرارها استمرارا لقبض سابق كاليد تكون أثرا لعقد ثم تستمر بعد فسخه أو بعد انتهائه فالحكم عليها بأنها يد ضمان أو يد أمانة يتبع حكمها فى وضعها السابق الذى استمر ببقائها، فإذا كانت يد ضمان كانت كذلك فى استمرارها، لعدم تغير وضعها كيد المشترى شراء فاسدا بعد الاتفاق على التفاسخ ورد البدلين فيه.

وقد بينا فيما سبق أن من العقود ما تكون اليد فيها يد أمانة، ومنها ما تكون اليد فيها يد ضمان، فإذا كانت اليد ضمان استمرت كذلك بعد انتهاء العقد إلى أن تستحيل يد أمانة بإذن يصدر من المالك وإذا كانت يد أمانة استمرت كذلك إلى أن تتحول يد ضمان بسبب من الأسباب الموجبة لذلك كالامتناع عن التسليم عند طلب المالك أو عدم المسارعة إلى الرد على المالك عند وجوبه على واضع اليد ووجوب مئونته عليه مع انتفاء العذر المانع من ذلك، وهذا مع ملاحظة ما يعد تسليما ومالا يعد تسليما، وقد بينا ذلك والاختلاف فيه فيما سبق.

الحيلولة

عرض بعض الفقهاء للحيلولة بين المال ومالكه على اعتبار أنها سبب من أسباب الضمان يلزم به من أحدثها فيتعلق بذمته ضمان ذلك المال - وقد جاء ذكرها بهذا الاعتبار فى كتب الشافعية والحنابلة عند بيانهم لأسباب الضمان فى بعض المسائل، كما عرض لها فقهاء من الحنفية والمالكية فى تعليلهم التضمين فى بعض المسائل.

فقد ذكروا أن التضمين فيها سببه الحيلولة بين المال ومالكه وإن لم يصب ذلك المال تلف بناء على أنها بالنسبة إلى المالك فى حكم التلف لما يترتب عليها من عدم انتفاع المالك بماله الذى حيل بينه وبينه فلم ينتفع به الانتفاع الذى يخوله له ملكه فكان مثله مثل المال التالف لا ينتفع به.

ويلاحظ أن الحيلولة فى أكثر المسائل وقوعا لا تكون إلا مع سبق يد الحائل ووضعها على المال. وإن وضعها عليه قد يكون بحق وقد يكون تعديا. فإذا كان وضعها عليه بحق كما فى يد الوديع ويد المستعير ويد المرتهن مثلا، فقد يحدث من أحد هؤلاء ما تترتب عليه الحيلولة بين المال وبين مالكه على وضع يحول دون انتفاعه به أو تصرفه فيه؛ كما إذا سلم المال لغيره أو أنكره فعندئذ يكون حدوث هذا من هؤلاء تعديا على المال إذا لم يكن عن رضا من المالك لمخالفته لما التزموا به بموجب أمانتهم، وكل فعل يعد تعديا على المال يستوجب تعلق ضمانه بذمة الفاعل، وإن كان فعلا لا يترتب عليه تلف المال. وبناء عليه إذا وقع هذا الفعل محققا للحيلولة بين المال وصاحبه على صورة يترتب عليها عدم تمكن صاحبه من الانتفاع به أو التصرف فيه كان ذلك سببا يستوجب التضمين وذلك بإلزام الحائل بدفع قيمته إذا ما أصاب المال فى هذه الحال تلف سماوى مثلا، أو حال دون رده إلى مالكه مانع من الموانع. وإذن تكون الحيلولة فى هذه الصورة

سببا للضمان بوصفها اعتـداء على مال الغير يعد فى حكم إتلافه معنى، وإن لم يترتب عليها تلف المال حقيـقة وإنما ألزم بضمان القيمة فى هذه الحال؛ لأن المال فـيها قد صار فى حكم التالف بالنظر إلى صاحبه بسبب أنه ليس فى يده، وإن كان هذا لا يمنع المالك من تتبعـه عند واضع يده عليه ومطـالبته بتسليمـه إياه نتيجة لبـقاء ملكه إياه، وهذا لا خلاف فيه.

أما إن كان وضعهـا عليه بغير حق فإن هذه اليد كما سـبق تعد يدا عادية ومجرد وضعها يعد سببا لتعلق ضمانه بالذمة دون نظر إلى ما قد يترتب عليه من الحيلولة، وقد بينا فيما سبق أنه سبب لا يترتب عليه إلا شغل ذمة صاحب اليد بضمان ما تحت يده من ذلك المال على وضع يستوجب عليه أداء عوضه عند حدوث تلف له أو ما هو فى حكم التلف، وإذا منع صاحب هذه اليد مالك المال من أخذه أو من الانتـفاع به فقد حال بينه وبينه، وعندئذ يوجد لدينا سببان كلاهمـا يقتضى تعلق ضمانه بالذمة. أحدهـما: اليـد العادية على المال، والثانى: الحيلولة بين المال وصاحبه المتمثلة فى تلك اليد العادية.

والسبب الأول وهو اليد العادية لا يستوجب إلا رد المال إلى صاحبه عند قيام المال وشغل ذمة صاحب اليد بالضمان عند وضـعها عليه، وعلى صاحب اليد رده إليه ويلزم بذلك قضاء، وليس لصاحبه مطالبته حيـنئذ بأداء قيمته مادام قائما فى يده وفى الإمكان رده ولم يحدث بالمال ما يجعل لمالكه الخيار فى طلبه أو طلب قـيمته كما سبق أن أشرنا إليه وكان محلا لخلاف بين الفقهـاء، وفى هذه الحال لا يحق لمالكه المطالبة بقيمته وذلك هو الحكم أيضا عند الحيلولة مـادام المال قائما واسترداده مـيسورا، ولكن إذا ترتب على الحيلولة تغييـر هذا الوضع فأصبح استرداد المال غير ميـسور وجب على من أحدثها دفع القيمة وتوجـهت المطالبة بها إليه دون مطالبتـه برد المال؛ لعدم وجوده فى يده، وعندئذ يرى أن ذمة المعتدى قـد شغلت بقيمة هذا المال وبوجوب أدائها فـعلا إلى مالكه بعد أن كانت مـشغولة بقيـمته فقط على وجـه تعلقها بهـا تعلقا يستوجب وجـوب أدائها عند التلف، وعلى هذا كانت الحيلولة سببا لتضمين من أحـدثها بالقيمة، وإلزامه بدفعها إلى المالك، ولكن على أساس أنها فى حكم القرض ينتفع بها انتفاع القرض ويردها إذا ردت إليه العين المغصوبة،وذلـك مادامت العين المغصوبة التى حيل بينها وبين مـالكها قائمة لم يحدث بهـا تلف أو ما يعد فى حكم التلف من التـعيب ولم يوجد إلا تعذر اسـتردادها على مالكـها لسبب من الأسـباب كإخـفاء أو تغـيب أو نحو ذلك. ذلك مـا ذهب إليه الشافعية والحنابلة.

والأمر الواقع أن سبب التضمين فى جميع أحوال وضع اليد العادية إنما هو الحيلولة بين المال وصاحبه وليس التضمين عندئذ إلا مجرد شغل الذمة وتعلق الضمان بها مادام أن الرد ممكن، فإذا امتنع الرد وجب عندئذ أداء ذلك الضمان، أما قبل امتناعه فالواجب رد العين.

ومن هذا البيان يتضح أن الحيلولة تكون سببا للتضمين، ولكنها تكون سببا للتضمين بمعنى شغل الذمة فقط مادام المال قائما ميسور الرد، إذ الواجب عند ذلك هو رد المال إلى صاحبه باتفاق الفقهاء، وليس لصاحبه عند ذلك أن يطالب بقيمته، وتكون سببا للتضمين بمعنى الإلزام بأداء عوض المال من مثل أو قيمة إذا ما تعذر الرد بسبب من الأسباب ،ولكن على أن يرد ذلك إلى دافعه إذا ما ردت العين المغصوبة إلى مالكها ولذا كان فى حكم القرض، كما يتضح أيضا من البيان السالف أن سببية الحيلولة للتضمين على هذا الوضع ليست محلا لخلاف بين جمهور الفقهاء، غير أن منهم حين تعليله يذكر اسم الحيلولة التى يتمثل الاعتداء فيها، وبعضهم يكتفى بذكر اسم الاعتداء دون تعبير عنه بالحيلولة، وذلك ما لا يترتب عليه خلاف إلا فى التعبير.

جاء فى كشاف القناع: إذا غصب إنسان عبدا أو فرسا ففر جامحا أو شيئا تعذر عليه رده إلى صاحبه بسبب من الأسباب مع بقاء العين فذلك ما يعد سببا لدفع القيمة فقط ـ ويملكها المغصوب منه بقبضها فيصبح تصرفه فيها كسائر أملاكه من أجل الحيلولة، ولكنه ملك ليس على وجه المعارضة بينه وبين المغصوب؛ ولذا لا يعد الغاصب فى هذه الحال مالكا للعين المغصوبة بدفع قيمتها؛ لأنه لا يصح أن يتملكها بالبيع حينئذ، لعدم القدرة على التسليم فلا يصح أن يتملكها كذلك بالتضمين كالحال فى التالف؛ إذ إنه يملك التضمين قبل تلفه. قال فى التلخيص: ولذا لا يجبر المغصوب منه على أخذ القيمة إذا ما عرضها عليه الغاصب عند قيام العين المغصوبة لبقاء ملكه فيها ولا يصح إبراؤه منها لعدم تعلقها بذمته إذ لا تعلق لها بذمته مع بقاء العين المغصوبة على ملك صاحبها وإنما يثبت له جواز أخذ القيمة فى هذه الحال دفعا للضرر عنه فكان ذلك إلى رأيه وخبرته لا إلزاما له. ولهذا لا يملك الغاصب أكسابها لأنه لم يملكها وإذا قدر على ردها بعد ذلك ردها إلى مالكها بنمائها المتصل والمنفصل واسترد القيمة بزوائدها المتصلة فقط من سمن ونحوه لأنه إنما وجب دفعها من أجل الحيلولة وقد زالت ولا يرد المنفصلة بلا نزاع. (قاله فى الإنصاف)[1].

---

(١) كشاف القناع ج ٢ ص ٣٦٠.

وفى تحقق ذلك فى الواقع نظر إذ لوحظ أن القيمة لا تكون إلا نقدا، وليس للنقد زوائد متصلة، أو منفصلة ولا يأتى إلا بالربح عند الاتجار به.

وجاء فى كشاف القناع أيضا: أن من حبس مالكا عن ماله ومنعه من الانتفاع به بذلك الحبس ومن التصرف فيه لم يضمن، أى لم يتعلق بذمته ضمانه، ولكن إذا تلف بسبب هذا الحبس ضمن، لتسببه فى تلفه بفعل منه هو الحبس، والمذهب عدم الضمان فى الحبس مطلقاً، ورأى بعض الفقهاء أنه إن كان الحبس بحق لم يضمن التلف بسببه، لعدم التعدى فيه وإلا ضمن لتعديه به حينئذ.

ويلاحظ أن الحيلولة قد تحققت بالحبس عند عدم التلف ولم يترتب عليها ضمان ويدل هذا على أن الحنابلة يشترطون فى التضمين بالحيلولة سبق يد المعتدى بها على المال، فإذا لم تكن له يد عليه فلا يترتب عليها ضمان، وهو مذهب الشافعية، يدل على ذلك ما جاء فى نهاية المحتاج جـ٥ ص١٥٢ من أنه لو حبس شخص مالك دواب عنها حتى تلفت بسبب ذلك الحبس لم يضمنها ولو كان الحبس ظلماً، إذ إنه بحبسه المالك وترتب تلف الدواب على ذلك حال بين مالكها وبين الانتفاع بها، ومع ذلك لم يرتبوا عليه ضماناً.

ومن مسائل التضمين بسبب الحيلولة أن يكون المال فى يد شخص فيقر به لشخص آخر ثم يقر به بعد ذلك لثالث، وهو فى يده فيقضى به للمقر له الثانى، إذ يجب على المقر عندئذ ضمان قيمته للمقر له الأول للحيلولة بينه وبين ما له الذى أقر له به بسبب إقراره للثانى.

ومن مسائله أيضاً أن ينتقل الغاصب بما غصب من المال إلى بلد آخر وجد فيه المالك ولكن إعادته إلى بلد الغاصب تتطلب نفقات لا يرضاها المالك فإن له حينئذ أن يطالب الغاصب بقيمة المغصوب، للحيلولة التى ترتبت على نقله المال المغصوب إلى بلد آخر وعدم تيسر رده فى بلد غصبه وهو الرد الواجب، وذلك ما ذهب إليه الحنابلة.

وجاء فى «نهاية المحتاج»: إذا نقل الغاصب المغصوب إلى بلد آخر كان للمالك أن يكلفه رده، وأن يطالبه بقيمته فى الحال قبل رده، لوجود الحيلولة بينه وبين ملكه، وإذا أدى الغاصب القيمة ملكها المغصوب منه تملك قرض ينتفع بها على حكم ردها عند رد العين المغصوبة.

ومن ذلك يرى أن الشافعية يذهبون إلى أن الحيلولة التى يصاحبها نقل المال إلى بلد آخر يترتب عليها حق المطالبة بقيمة المال لكن لا على وجه المعارضة بل على وجه القرض؛ دفعاً للضرر إلى أن يحدث الرد فى بلد الغصب فترد عندئذ قيمة المال.

كما يلاحظ أن المالكية والشافعية يرون أن نقل المثلى من بلد الغصب إلى بلد آخر تفويت يترتب عليه حق المطالبة بعوضه. أما القيمى فلا يعد نقله تفويتاً إلا إذا كانت إعادته تتطلب حملاً ومئونة، وقد أشرنا إلى ذلك فيما مضى. وقياس ما ذهب إليه الحنفية يخالف ما ذهب إليه الشافعية والحنابلة، فإن الحنفية يرون أن التضمين بدفع القيمة يستوجب تملكها ملكاً تاما بأدائها وعلى أساس ذلك يملك الغاصب المغصوب من وقت الغصب لا فرق عندهم بين أن يكون ذلك مع قيام العين المغصوبة، ومع تلفها متى قضى بالضمان[1].

ويؤخذ مما ذكره الحنفية من النص على وجوب تضمين ذى اليد العادية قيمة ما تحت يده من عين إذا غيبها وأنه يتملكها بهذا التضمين ملكاً مستندا إلى وقت تعديه عليها بوضع يده. إن أداء القيمة فى هذه الحال إلى المغصوب منه مبنى على المعاوضة بينها وبين العين، وعلى ذلك يتملك مالك العين قيمتها بأدائها إليه لا على وجه القرض الذى ذهب إليه الحنابلة والشافعية بل على وجه المعاوضة.

ولذا قالوا: إذا ظهرت العين بعد ذلك وكانت قيمتها المدفوعة إلى مالكها مقدرة بقول ذى اليد وظهر أن قيمتها فى حقيقة الأمر أكثر مما أدى كان المالك بالخيار إن شاء رضى بما أخذ فيها وإن شاء استرد العين، لظهور عدم رضاه بالمعاوضة وإن كانت مقدرة بقول المالك لم يكن له ولا لذى اليد خيار فى جميع الأحوال. وإن ظهر أن القيمة التى للعين أقل مما أدى فيها لم يكن لأحد منهما خيار وكانت العين لذى اليد، ومؤدى ذلك أن الحنفية لا يعيرون الحيلولة التفاتا والضمان عندهم إنما هو بسبب اليد العادية ولا يجعلون الحيلولة سببا مستقلا من أسباب الضمان[2].

---

(١) راجع الخرشى جـ٦، ص١٥٤ ونهاية المحتاج جـ٥، ص١٦٢ وكشاف القناع جـ٢ ص٣٩٦.

(٢) الدر وابن عابدين جـ٥ ص١٤٢، ١٤٣، ط الحلبى.

الغـــرور

الغرر هو الخطر. وفى الحديث نهى رسول الله ﷺ عن بيع الغرر. وفى القاموس غَرّ غَرا وغرُوراً. وغِرة فهو مغرور، وغرير كأمير خدعه وأطعمه بالباطل فاغتر. ويقال: غَرته الدنيا غرورا خدعته من باب قعد. وغَـرّر بنفسه تغريرا، عرضها للتهلكة. والاسم الغَرَر، ويستعمل الفقهاء الغرور فى الحمل على قبول ما لا خير فيه بوسيلة كاذبة مضللة ترغب فيه بزعم أن فيه المصلحة، ولو عرفت حقيقته ما قُبل.

وعلى ذلك لا يتـحقق غـرور إلا بالحمل والتـرغيب من الغـار بالوسائل البـاطلة الكاذبة المظهرة للأمر على خلاف واقعه وحقـيقته، وذلك ما لا يكون إلا مع قصد الغار وسوء نيته.

ووسيلة الغــرور قد تكون قولا كـما فى وصف كاذب مـضلل يراد به الحمل على الفعل، وقد تكون فعلا كما فى تصرية الشـاة، بغية إظهارها غزيرة اللبن وكما فى طلاء الأشياء لإخفاء نوعها وإيهام أنها من نوع جيد ليقبل الناس على شرائها ونحو ذلك.

ويكون الغرور فى العقود فيقبل الإنسان بسببه على إنشاء عقد يحسب أن مصلحته فى إنشائه، أو أنه خـال من غبن ثم يتبين أنه قد خـدع فيه وأنه على خـلاف ما ظن أو يرغب فيـه أو يظهر أن فيـه غبنا فاحـشا. وأثر ذلك يظهر فى عـدم لزوم العقد بالنسـبة للمـغرور على تفـصيل يرجع إليـه فى أحكام العـقد إذا بنى على غـرور وتدليس إذ إن التدليس ضرب من الغرور.

ويكون فى الأفعـال، كما فى الحـمل على سلوك طريق على ظن أنه آمن فيـأخذ اللصوص أموال سالكه، أو على مباشرة فـعل على ظن أنه غير محظور أو غير خطر لا يترتب عليه تلف ثم يتبين أنه على خلاف ذلك فيؤدى إلى تلف مال.

والذى يعنينا من الغرور فى موضوعنا هذا مـا يؤدى بالمغرور إلى إتلاف مال لغيره على ظن أن له حق إتلافه، أو إلى إحـداث ما يتسبب عنه تلف مال لنفـسه أو لشخص آخر، أو إلى قبـول المغرور لوجوده فى مركـز عرضه للالتزام بضمـان مال تلف لم يكن يلزمه ضمانه لولا وجوده فى هذا المركز؛ استجابة لهذا الغرور، فهذه ثلاث حالات:

مثال الحالة الأولى:

أن يأمر الحائز لشاة مثلا غيره بذبحها لحاجته إلى لحمها فيذبحها طاعة له على ظن أنه مالكها ثم يتبين أنه غاصب لها فإن المأمور ما أقدم على ذبحها إلا لظنه أن ذلك حق له بناء على أمر حائزها الذى ظنه مالكا لها ولمباشرته إتلافها يلزمه ضمانه ويرجع به على الآمر.

مثال الحال الثانية:

أن يستأجر شخص أجراء لبناء جدار فى فناء داره، ثم يسقط الجدار بعد الفراغ من بنائه على حيوان لإنسان فيميته ثم يتبين أن الآمر لم تكن له هذه الدار، أو أن الفناء ليس فناءه، وإنما هو جزء من الطريق العام وإن الأجراء قد خدعوا فإن التلف هنا كان نتيجة لسقوط جدار أحدثه الأجراء بناء على أمر صدر لهم ممن ظنوا أن له حق إصدار هذا الأمر وقد أصاب مالا لغير المغرور. والحكم فى هذه المسألة كالحكم فى سابقتها.

ومن صور هذه الحال أن يشترى شخص من آخر داراً فى حاجة إلى العمارة ثم يقوم بعمارتها من ماله ويتبين بعد ذلك أن البائع لها غاصب. فإن ما أنفقه المشترى على العمارة من ماله قد أنفقه وهو مغرور إذ كان على أساس اعتقاده بأن البائع مالك للدار، وبذلك تبين أنه أتلف ماله فى عمارة دار لم يملكها ولم يأمره مالكها بعمارتها وذلك بناء على غروره، وعلى ذلك يكون له حق الرجوع بما أنفق على بائعه على ما ذهب إليه بعض الفقهاء.

ومثال الحال الثالثة:

أن يودع شخص مالا عند آخر فيتلف المال تحت يد الوديع ثم يظهر أن المال لم يكن ملكا للمودع وإنما كان مغصوبا وقد خدع الوديع فى قبوله إيداع ذلك المال؛ إذ ظن أن المودع مالك له وما قبل الوديع أن يكون وديعا إلا على ظن أن المودع مالك لما أودعه إياه؛ ولذا يكون ضمانه على الوديع يرجع به على المودع.

وقد اختلف الفقهاء فى تضمين الغار قيمة ما تلف بسبب غروره، فذهب الحنفية إلى أن الغار لا يضمن إلا فى ثلاث حالات:

الأولى: أن يكون فى قبض يرجع نفعه إلى المقبض كالقبض فى الوديعة، وفى الإجارة فى شركة العقد، وفى المضاربة. فإذا قبض الوديع الوديعة ثم تلفت عنده بلا تعد

أو تقصير ثم تبين أن المودع غاصب للوديعة وأن يد الوديع لذلك يد عادية ضامنة لتلف الوديعة عنده فإن الوديع يضمن ويرجع بالضمان على المودع لغروره؛ إذ قد غر الوديع بالإيداع والإقباض لمنفعته مما جعله يظن أنه المالك ويقبل أن يكون فى هذا المركز.

وكذلك الحكم فى الإجارة يتبين فيها أن المؤجر غاصب بعد تلف العين المستأجرة فى يد المستأجر فإن المستأجر يرجع بما يغرمه من قيمة العين المستأجرة على المؤجر، لغروره إذا ما ضمن قيمة العين لتلفها تحت يده.

وكذلك الحكم فيما هو من هذا القبيل كالراهن؛ إذ يعد غاراً للمرتهن والشريك ورب المال فى الشركة وفى القراض، وهذا بخلاف العارية والهبة، إذ لا يرجع المستعير على المعير بقيمة العارية إذا تلفت عنده إذا ما ضمنها ولا الموهوب له على الواهب بما ضمنه من قيمة العين الموهوبة المغصوبة إذا تلفت عنده؛ لأن قبض كل منهما كان لنفسه، فالمستعير قبض العين للانتفاع بمنفعتها بالمجان والموهوب قبضها لتكون ملكا له دون أن يكون على الواهب عهدة وقد دخلا على ضمان - والضمان فى هذه الصورة ضمان إتلاف وكذلك الحكم فى البيع عند الجمهور عند جهل المشترى، ومن الفقهاء من جعل للمستعير حق الرجوع على المعير، لغروره.

الثانية: أن يكون الغرور قد تضمن اشتراطاً كما لو زوجه امرأة على أنها حرة ثم استحقت وظهر أنها رقيقة فإن المغرور يراجع على من غره بما غرمه لمستحقها من قيمة ولدها الذى ظهر رقيقا إذا ما غرمها.

ومثل ذلك إذا قال شخص لآخر اسلك هذا الطريق فإنه آمن وإذا كان غير آمن وأخذ اللصوص مالك فأنا ضامن ثم سلكه فأخذ اللصوص ماله فإنه يكون ضامنا ويتبع المغرور من غره بسلوكه: وهذا بخلاف ما إذا قال له اسلك هذا الطريق فإنه آمن ولم يشترط الضمان فإنه إذا سلكه فضاع ماله لم يضمن الغار.

وإذا قال له: أعط هذا الطعام لدوابك فإنه صالح وليس بسام فأطعم دوابه منه فهلكت لم يضمن قيمتها، لعدم الاشتراط الضمان عند التلف، وكذا إذا قال شخص لآخر: إن فلانة حرة فتزوجها الآخر بناء على ذلك ثم ظهر أنها رقيقة فلا ضمان على المخبر، لعدم الاشتراط، وكذلك لو قال شخص لحائك أهذا القماش يكفينى ثوباً فقال له: نعم فأمره بأن يفصله ففعل وظهر أنه لا يكفى فلا ضمان على الحائك؛ لعدم

الاشتراط، ولكن لو قال له: إن كان يكفينى فـفصّله فقال له: نعم، وفصله وظهر أنه لا يكفى ضمن، لوجود الاشتراط على الحائك ضمناً فإن إذن الحائك بالتفصيل صدر معلقاً على كفـاية الثوب، ومؤدى ذلك أنه يكون غـير مأذون عند عـدم كفايته فـإذا أقدم على ذلك كان ضامناً لتعديه بالإقدام على الإتلاف.

وقد ذكر بعض فقهـاء الحنفية أن الضمان عند الاشتراط يعـد ضمان كفالة؛ إذ إن المعنى فيـه التزام الضمـان عند التلف، وهذا ما يكفى لعدم اعـتباره ضمـان غرور؛ أى ضمانا ليس مرجعه الغرور ولكن الاشتراط.

الثالثة: أن يكون الغرور ضمن عقد معاوضـة أو متعلقا به فلو باع شخص أرضاً لآخر فبنى فيها ثم استحقت الأرض، وظهر أنها ليست لبائعها رجع المشترى بقيمة البناء على البـائع لغروره - ولو قـال لأهل السوق: بـايعوا فـلانا فإنه ابنى وقـد أذنت له فى التجارة فظهر أنه ابـن لغيره رجعوا عليه، للغرور لأن هذا فى مـعنى ضمان الدرك. ولو قال الطحان لصاحب البر: ضع برك فى الدلو وهو يعلم أنه مثـقوب فوضعه فيه فذهب البر فى ماء الطاحونة كان الطحان ضامناً إذا كـان يعلم بثقب الدلو؛ لحدوث الغرور فيما هو متـعلق بعقد مـعاوضة هو عـقد الإجارة على الـطحن، ولو استأجـر أجراء على أن يفتـحوا له بابا فى حـائط لدار يسكنها فظهر أن الدار لـغير المؤجـر كان عليه الضـمان؛ لوقوع الغـرور فى عقـد إجارة يظن معـه أن المؤجر مالك. والضـمان فى هذا ومـا قبله ضمان إتلاف.

ومن ذلك المستعيـر إذا أجر العارية لمن يجهل أنه مستعيـر فإنه يضمنها إذا هلكت عند مستأجرها، لغروره إياه، ومن ذلك أن يعيـر المالك الأرض للبناء مدة معلومة فيبنى فيها المستعـير ثم يرجع المعير قبل انتهاء المدة فإن المالك يضمن قيـمة البناء سليماً لغروره بتوقيت العارية.

ويرى المالكية أنه لا يحق للمعير أن يرجع قبل انتهاء مدة العارية؛ ولذا يبقى البناء والغرس فى الأرض إلى انتهاء المدة جبراً على المعير.

ويرى الشافعيـة أن للمعير أن يرجع؛ لأن الإعارة إباحة والإباحـة غير لازمة ولو كانت مؤقتة، وللمعير أن يجبر المستعير على هدم البناء وقلع الشجر ويلزم الضمان فيدفع للمستعير ما نقصه البناء أو الغراس بسبب القلع والنقص وإلى ذلك ذهب الحنابلة.

والغرور القولى: لا يستوجب الضمان إلا إذا كان فى حال يغلب فيها الصدق عادة حتى يعد المباشر للإتلاف مغروراً وقد صدر عنه الفعل بحكم العادة والعرف؛ نتيجة عادية لما يسببه الغار من غرور للمغرور جعله بمقتضى العادة فى حكم الفاعل المباشر الذى يضاف إليه التلف فيلزمه لذلك الضمان بناء على قاعدة إذا اجتمع المباشر والمتسبب أضيف التلف إلى المباشر.

أما إذا كان فى حال لا يغلب فيها صدقه ولا يورث عند السماع اطمئناناً فلا رجوع للمغرور على الغار؛ إذ إنه لا يجب عليه تصديقه(١).

وذكر بعض المالكية أن الغرور القولى مختلف فى إيجابه الضمان على الغار، والمشهور عدم إيجابه الضمان بخلاف الفعلى فإنه موجب للضمان إذا ما أدى إلى التلف.

والغرور القولى مثلوا له بأن يأتى شخص بقطعة قماش لخياط ويسأله أتكفى فيقول: نعم ويفصلها له فى غيبته ويظهر أنها لا تكفى فإن الخياط لا يضمن قيمة القماش، وهذا بخلاف ما إذا شرط عليه فقال: إن كانت تكفى ففصلها، فقال: تكفى وفصلها وظهر أنها لا تكفى فإنه فى هذه الحال يضمن؛ لوجود الاشتراط بخلاف الحال الأولى فلا ضمان فيها على الغار، والظاهر أن الاشتراط يجعل الغار فى حكم الكفيل وأن الغرور بالقول إذا ما تضمن اشتراطاً خرج الضمان بسببه عندهم عن أن يكون ضمان غرور إلى ضمان كفالة باشتراط.

ومن الغرور القولى الموجب للضمان عند الشافعية أن يذهب إنسان إلى صيرفى فيؤجره على أن يفحص له دراهمه فيعرفه بأنها جيدة ثم يظهر أنها زائفة فإنه يكون ضامناً؛ لأنه غرور فى عقد إجارة فإن لم يكن له أجر على ذلك فلا ضمان عليه. ولكن جاء فى المهذب أنه إذا قدم الرجل من سفر وهو مفطر فى رمضان فغرته زوجته بقولها له: إنها مفطرة وكانت فى الواقع صائمة فوطئها فعلى القول بأن عليه فى ماله بالجماع فى رمضان كفارة واحدة عنه وعنها لم تجب كفارة إذ لا يلزمها كفارة بوطئه، وإنما يلزمه كفارة واحدة عنه وعنها ولا محل لإجباره على كفارة عليه لأنه مفطر وليس عليها كفارة بوطئه، وعلى القول بأن على كل منهما كفارة بالجماع فى رمضان ولكن تدفع من مال

(١) راجع المختار جـ٤ ص١٧٩ وما بعدها، وإتحاف الأبصار ص٢٧٧ والزيلعى جـ٦ ص١٤٥.

الزوج لا كفارة عليه؛ لأنه مفطر وعليها كفارة يدفعها الزوج طعاماً أو إعتاقاً من ماله ويرجع بذلك عليها لغروره[١] وهذا يدل على أن من الشافعية من يرى أن الغرور القولى يترتب عليه التضمين.

أما الغرور الفعلى عندهم فهو موجب للضمان ومثلوا له باستئجار حمال بدابة على حمل متاعه فربط الحمال المتاع عليها بحبل بالٍ فسقط المتاع وتلف فإن الحمال يكون ضامناً بغروره بربط المتاع بحبل بال انقطع عند سير الدابة فسقط المتاع فتلف فكان ضمانه عليه لتسببه فى التلف بفعله بصورة تجعل التلف لازماً له.

ومن صور ذلك ما إذا استأجرت بناء لبناء جدار لحمل سقف فيقيمه سليم المنظر فاسد المخبر فيسقط بما حمل عليه اعتماداً على سلامة منظره فإن ضمان ما تلف بسبب سقوطه على من بنى لغروره بإقامة الجدار على وضع فاسد سقيم.

ومن ذلك أن تستأجر صانعاً لسد ما فى خابية من خروق فيسدها سدا غير محكم فيسيل ما وضعته من سمن فيها على الأرض فيتلف فإن ضمانه على الصانع، لغروره بفعله إذ لم يقم بما استؤجر عليه بإحكام.

قالوا: ومحل عدم التضمين بالغرور القولى ألا يكون مصاحباً لعقد أو شرط فإن كان مع أحدهما كان موجباً للضمان. فإذا قال شخص لآخر اشتر سلعة فلان فإنها سليمة والحال أنها معيبة ثم تولى العقد عليها وظهر أنها معيبة فإنه يكون ضامناً؛ لغروره بفعله المصاحب للشرط كما فى مسألة الحائك السابقة وقد تقدم ما يدل على أن ذلك محل خلاف كما فى مسألة الإفطار فى رمضان.

وعن مالك: من استأجر دابة للحمل وصاحبها يعلم أنها عثور ولم يعلم مستأجرها بذلك فأسقطت الحمل فأفسدته كان ضامنا، للغرور[٢]، وذلك لما فى العقد من معنى ضمان السلامة.

وجاء فى «الشرح الكبير»: إذا أفتى إنسان آخر بما ترتب عليه إقدامه على إتلاف مال بناء على أنه ملك له استنادا إلى هذا الإفتاء أو بناء على أن فيه خطراً يستوجب إتلافه شرعاً، ثم ظهر أن الأمر على خلاف ذلك فلا ضمان على المفتى إن كان مجتهداً؛

---

(١) راجع المهذب جـ١ ص١٨٣، ١٨٤.

(٢) منح الجليل جـ٣ ص٧٨٦ والخرشى جـ٧ ص٣١ والشرح الكبير جـ٣ ص٤٤٥.

لأنه غرور بالقول، والاجتهاد غير ملزم، وإنما يضمن المال من باشر إتلافه، أما إذا كان المفتى غير مجتهد كان ضامناً إن كان السلطان قد نصبه للفتوى، لأنه يعد حينئذ عاملاً مقصرا فى عمله تسبب فى التلف بسبب تقصيره، أما إذا لم يكن منصوباً للفتوى ففى ضمانه قولان مبنيان على الخلاف فى الغرور القولى أيوجب الضمان أم لا؟.

ومن قدم لإنسان طعاماً ضيافة فأكله على ظن أن الطعام لمن قدمه ثم ظهر أنه مغصوب كان استقرار الضمان على من قدمه، وضمن الآكل لمباشرته الإتلاف ويرجع على من قدمه، وهذا من قبيل الغرور بالفعل.

ومما تقدم يتبين أن أساس التضمين بالغرور إما الإتلاف بالتسبب إن كان غروراً بالفعل وإما الضمان والالتزام بالقول إن كان غروراً بالقول.

وبناء على ما ذكر يجب أن يلاحظ فى التضمين بناء على الغرور بالفعل ما يلاحظ فى التضمين بالتسبب من شروط وخلاف.

أما الغرور بالقول فإنه إذا تضمن اشتراطاً بالضمان عند التلف كان التضمين فيه حينئذ من قبيل الالتزام بالشرط لا من قبيل التضمين بسبب الغرور المحض، وإذا لم يتضمن الاشتراط لم يترتب عليه تضمين عند جمهور الفقهاء؛ إذ لا يجب على المغرور تصديقه بل يجب عليه التروى والنظر حتى يصدر عن رأيه هو؛ وعند آخرين إذا كان العرف يقضى بتصديق الغارّ فيما دعا إليه يترتب التضمين عند التلف، وبخاصة إذا صدر الغرور ممن يرجع إليه فى مثل ما أشار به ودعا إليه واشتهر بصدقه فى نصحه، وإلا لم يترتب عليه ضمان.

أساس التضمين فى الفقه الإسلامى وما يترتب عليه من حكم

أشرنا فيما سبق إلى أسباب التضمين وأنها إما إلزام الشارع، أو إلزام الإنسان نفسه، أو الفعل الضار يحدث ممن يصح تضمينه؛ نتيجة تحمله لتبعات فعله، أو الحيلولة المتمثلة فى وضع اليد العادية على مال الغير، أو الغرور. والناظر فى هذه الأسباب - على العموم - يرى أن التضمين إما أن يكون راجعاً إلى الإلزام ممن له ولاية الإلزام، أو إلى الضرر المالى.

القسم الأول: ما يرجع الضمان فيه إلى الإلزام، وهو نوعان:

أحدهما: ما يرجع إلى إلزام الشارع.

ثانيهما: ما يرجع إلى إلزام الإنسان نفسه.

أما النوع الأول فهو ما يرجع إلى إلزام الشارع فذلك فى الاعتداء على النفس أو على أطرافها، وفى الاعتداء على صيد الحرم، وفى اعتداء المحرم على صيد البر وفى الإلزام بالنفقات والكفارات والصدقات والأضاحى والهدايا والخراج والجزية والعشر، وذلك ما يندرج تحت طائفتين.

إحداهما: ما كان إلزام الشارع فيها نتيجة اعتداء.

وثانيهما: ما كان إلزام الشارع فيها لمصلحة أوجبت ذلك.

والطائفة الأولى تشمل جميع الديات والأروش التى أوجبها الشارع فى الاعتداء على النفس أو على أطرافها أو جزاء الاعتداء على صيد الحرم أو مخالفة المحرم لما يوجبه عليه إحرامه وحجه، وليس فى شىء من ذلك اعتداء على حق لأحد من الناس يطلب تعويضه وجبره، وليس فيه إلا مخالفة ما أمره به الشارع، لمصلحة استوجبت هذا الأمر واستتبعت وضع جزاء لمخالفته، حملا للناس على امتثاله وزجراً لهم حتى يتحقق هدفه.

ويلاحظ أن ما شرعه الشارع من الضمان عند الاعتداء على النفس أو على أطرافها منه ما تكفل الشارع ببيان مقداره، ولم يختلف هذا المقدار بالنظر إلى الجناية واختلاف ظروفها وأصولها، وما يترتب عليها من الضرر ولا إلى اختلاف الأشخاص الذين مستهم مكانة ومركزاً، وذلك ما أبعده عن معنى التعويض.

ومنه ما ترك الشارع تقديره لذوى الخبرة والعدالة وهو ما يعرف فى الفقه الإسلامى بحكومة العدل إلا أن الفقهاء قد ذهبوا فيه، اجتهاداً منهم، إلى أنه يجب أن يراعى فى تقديره تقدير الشارع الوارد فى الأروش والديات من ناحية عدم مراعاة مقدار الضرر فى كل جرح أو شجه، وأن يراعى فى ذلك ما قدره الشارع فى الأفعال بقدر الإمكان، وذلك لاتحاد موضوع المخالفة أو تشابهه، وعلى أية حال فإنه على هذا الأساس قد فقد خصائص التعويض وسماته كما لم تكن له خصائص التعزير ومميزاته وإنما أخذ مكاناً وسطاً بينهما فكان شبيهاً بكل منهما؛ إذ من الحق أن هذا النوع من الضمان كان مما اصطلح عليه الناس قبل الإسلام إرضاء للنفوس وكفا لدواعى الثأر من

أن تميل بأصحابها إلى الانتقام والمجازاة بالمثل، أو لما هو فوقه فكانت فكرة التعويض ماثلة فيه.

ولما أقر الإسلام هذا المبدأ لم يفقد بإقراره ذلك للمعنى بل ظل مقصوداً منه على وجه ما، وإن لم يكن تعويضاً كاملاً عادلاً، كما أن فكرة الزجر والردع لا زالت فيه لم يتجرد منها، وهي تقوم على الإيلام بأخذ المال.

وأما الطائفة الثانية فتتناول ما أوجبه الشارع لمصلحة اجتماعية، وهو ما عدا ذلك مما ذكرناه آنفا، ومنه ما قام الشارع بتقديره كالزكاة المفروضة والكفارات، ومنه ما ترك لأولى الأمر تقديره كالخراج والجزية. وهذا النوع بقسميه لا يقوم على أساس فكرة الاعتداء على حق لأحد، إنما شرعه الله سبحانه وتعالى لداعية أمن المجتمع وانتظامه وإشاعة التعاون والترابط فيه، ومن ذلك يبين أن التضمين فيه لا يقوم على فكرة التبادل والمماثلة في التعويض والجبر.

وأما النوع الثاني من الضمان الذي يرجع إلى الإلزام فهو ما يلزم الإنسان نفسه به سواء أكان ذلك التزاماً انفرادياً غير مقابل بالتزام من جانب آخر كما في الالتزام بالنذور والالتزام بالمعروف أو بأداء نفقة أو أداء دين عند من يرى ذلك من الفقهاء أم كان التزاماً نتيجة لعقد من عقود التبرع التي تتم بين طرفين، كما في عقود الكفالة عند بعض الفقهاء وفي باقي التبرعات فإن ذلك كله يقوم على ما للإنسان من ولاية على ماله، أو على ذمته تجعل له حق التصرف فيهما بما لا يمس غيره بضرر، وعلى ذلك كان هذا النوع من الضمان بعيداً عن فكرة المبادلة والتعويض، إذ إنه تبرع ألزم الإنسان به نفسه غير مقابل ببدل.

ويلحق هذا النوع جميع الالتزامات التي تنشأ عن عقود المعاوضات أثراً لها أو مكملة لأثرها، كما في التزام البائع بتسليم المبيع سليماً من العيوب، والتزام المشتري بدفع الثمن، والتزام المؤجر بتسلم العين المستأجرة، والتزام المستأجر بدفع الأجرة ونحو ذلك. فإن هذه الالتزامات وإن كانت مقابلة بالتزامات مماثلة، وفي ذلك معنى المبادلة، إلا أن امتناع الملتزم عن القيام بتنفيذها لا يتمثل في إتلاف مال أو إفادة، وإن ترتب عليه من الضرر ما حرمه الشارع، إلا أنه لم يكن بالضرر المالي الذي يتمثل في فقد مال متقوم كان له وجود وقيام. ومن أجل ذلك لم يستتبع في نظير الفقهاء تعويضاً مالياً عنه؛ لأن فكرة التعويض إنما تقوم على إحلال مال محل مال فقد؛ رفعا لضرر فقده وإعادة الحال

إلى مـا كانت عليـــه، وذلك ما لا يتـحـقق فى حالتـنـا هذه وسـنزيد هذا بيـاناً فى موضعه.

القسم الثانى: ما يرجع الضمان فيه إلى الضرر المالى:

أما ما يرجع من الضمان إلى الضرر المالى فهو الضمان بناء على الفعل الضار، أو على الحيلولة التى تتمثل فى وضع اليـد أو على الغرور، وهذا النوع يقـوم على فكرة التعويض وجبر الضرر، وذلك بإحلال مـال محل ما فقد من المال، لإعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل الضرر، وعلى هذا الأسـاس بدت فكرت المبادلة بين المال الفاقد وبين ما يدفع فيه من المال، ليحل محله تعويضاً عنه وجبراً لما حدث من نقص بسبب فقده.

وعلى أسـاس هذا النظر اعتبـر ما يدفع من المال عند التلف تعويضـاً عن المال المفقـود، ووجب أن يكون التعـويض فى الضرر المالى الذى يتـمثل فى فقـد مال لا فى ضرر غير مالى، وعلى هذا لم يجب التـعويض فى الضرر الأدبى ولا فى ضرر لا يتمثل فى فقد مال كان موجوداً، كالضرر الناشئ عن امتناع عـاقد من المضى فى عقده؛ إذ لا يمكن تحقيق مبادلة مالية فى هذه الحال بين مالين كما بدت كذلك فكرة التملك بالتضمين نتيجة لازمـة لما فى التضمين من المبادلة حتى لا يجتـمع البدلان فى ملك شخص واحد هو المضرور؛ ولذا كـان إيجاب الضمان على المعتـدى مستـتبعاً تملك ما جـعل الضمان عوضاً عنه وعلى هذا ألزم بالضمان من اعتدى على مال متقوم لغيره فأتلفه، فإذا ألقى شخص على ثوب لآخر ناراً فـأحرقته والتهـمته النار ألزم بضمانه، واسـتتبع ذلك تملكه الثوب التالف قبل احتراقه؛ بمعنى أن إتلاف الثوب يقارنه الإلزام بضمان قـيمته ويقارن ذلك أيضا تملكه حتى لا يصادف التملك مالا معدوما.

ويرى الحنفيـة أنه متى تغيـرت العين المغصوبـة بفعل الغاصب، أو العين المعـتدى عليهـا بفعل المعتدى حـتى زال اسمها ومـعظم منافعها، أو اخـتلطت بملك الغاصب أو المعتـدى بحيث لا يمكن تمييـزها أصلاً أو لا يمكن ألا يخرج - زال ملك المغـصوب منه عنها وملكهـا الغاصب أو المعتدى وضـمنها، ولا يحل له الانتفاع بهـا إلا بعد أن يؤدى بدلها، ومن ذلك شواء اللحم وطحن الحنطة وزرعها واتخاذ الحديد سيفا واتخاذ النحاس إناء إلا الذهب والفـضة فإن المعـتدى عليـهما لا يملكهـما باتخـاذ إناء منهمـا أو بضربه أحدهما دنانير أو دراهم عند أبى حنيفة؛ إذ لا يرى للصنعة فيهما قيمة ولا يعدها تغييراً، خلافاً لصاحبيه.

ويرى أبو يوسف أن تغيير العين لا يقطع حق المالك عليها فيبقى ملكه فيها ولكن يكون له الخيار فى أخذ ضمانها، غير أنه إذا اختار أخذ العين لم يكن له أن يضمنه نقصانها فى الأموال الربوية؛ لأنه يفضى إلى الربا وذلك بأخذ مال لا فى مقابلة عوض بعد أن عاد إليه ماله، كما روى عنه أيضاً أن ملكه يزول عن العين وتصبح ملكاً للمعتدى، ولكن إذا مات المعتدى مدينا كان المغصوب منه أحق بها من سائر الغرماء على مثال الرهن والمبيع قبل القبض؛ لعدم رضاه ببطلان حقه وإنما ثبت الملك للمعتدى عند تضمينه؛ لأن تضمينه كان بإتلافه وقد حق عليه أداء البدل؛ دفعاً للضرر. وإذا أداه إلى المغصوب منه تملكه وإذا تملكه لم يبق له ملك فى البدل عنه، إذ لا يجتمع البدلان فى ملك شخص واحد، وعلى ذلك يثبت الملك لمن قام بأداء البدل، وذلك شأن المعاوضة حتى لا يضار بأخذ ماله دون مقابل وكذلك الحكم إذا عيبها وغيرها؛ إذ يعد حينئذ أنه قد استهلكها من وجه، وذلك لفوات بعض ما يقصد منها، بل ولفوات ذاتها أيضاً من وجه باستحالتها وتغييرها حتى صار لها اسم آخر - وهذا إلى ما أحدثه فيها من الصنعة وهى حق له قائم من كل وجه وهى أولى بالمراعاة من محلها وهو الذات وإن كانت وصفاً لها؛ ذلك لأنها زيادة حدثت فى العين بفعل المعتدى فكانت كسباً له، والكاسب أحق بكسبه من غيره وإن كان فى محل مملوك لذلك الغير.

وليس يحول دون هذا أنها حدثت بعد اعتداء محظور، والمحظور لا يصلح أن يكون سبباً لحكم شرعى وهو نعمة الملك؛ ذلك لأنه لم يكن أثراً مباشراً له مقصوداً وإنما يثبت الملك اقتضاء ضرورة امتناع اجتماع البدلين فى ذمة واحدة، وقد يكون المحظور سببا للحكم الشرعى كالصلاة فى الأرض المغصوبة، فإنها تكون سببا لسقوط الفرض وحصول الثواب بذلك مع أنها محظورة حينئذ، وعلى الجملة فإن العين قد تبدلت بتغييرها وتجدد لها اسم آخر وأصبحت كعين أخرى حصلها المعتدى بكسبه فيملكها، غير أنه لا يجوز له الانتفاع بها قبل أن يؤدى بدلها حتى لا يفتح باب الغصوب.

ويدل على هذا ما روى عن النبى ﷺ أنه زار قوماً فذبحوا له شاة فجعل ﷺ يمضغ لحمها ولا يستسيغه فسألهم عن ذلك فقالوا: شاة لفلان ذبحناها حتى يحضر فنرضيه فقال رسول الله ﷺ: أطعموها الأسارى - ولولا أن ملك المالك قد زال عنها بذبحها لم يأمرهم بالتصدق بها، وإنما كان يأمرهم ببيعها وحفظ ثمنها لمالكها إلى أن يحضر فيعطى إياه.

وإنما لا يجوز للمعتدى الانتفاع إلا بعد أداء البدل، استحساناً، والقياس جوازه قبل أدائه، وهو قول زفر والحسن ورواية عن أبى حنيفة، لوجود الملك المطلق المبيح المتصرف ولهذا ينفذ تصرفه فيه إذا باعه إلى غيره، كالبيع بيعاً فاسداً ينفذ تصرف مشتريه فيه مع أنه لا يحل له الانتفاع به. وقال أبو يوسف فى الحنطة المزروعة: يجوز له الانتفاع قبل أداء الضمان لوجود الاستهلاك من كل وجه ولا يتصدق بما يحدث بسبب تملكها من فضل بقى بعد أداء قيمتها إذا باعها؛ إذ يطيب له، خلافاً لأبى حنيفة ومحمد.

وكذلك يملك الغاصب المغصوب إذا غيبه فضمن قيمته، لما ذكرنا من أن المالك قد ملك البدل بقبضه رقبة ويدا فوجب أن يزول ملكه فى المغيب ويثبت للغاصب إذا كان المالك يقبله، دفعا للضرر عنه وتحقيقا للعدالة واستجابة لضرورة عدم جواز اجتماع البدلين فى ملك شخص واحد وبذلك يتحقق معنى البدلية والجبر.

وبهذا يظهر أن ثبوت المبادلة أمر اقتضته الضرورة وما ثبت بالضرورة يقدر بقدرها فلا يعد بيعاً من كل وجه.

وبالتضمين يزول ملك المغصوب منه عن المال المغصوب عند وجوب الضمان، أو عند الاتفاق عليه أو عند أدائه على حسب اختلاف الأقوال زوالاً مستنداً إلى وقت الغصب فى حق كل من المالك والغاصب، أما فى حق غيرهما فإنه يعد مقتصراً على وقت الإلزام بالضمان إلا إذا تعلق بالاستناد حكم شرعى يمنع من الاقتصار فعندئذ يعد مستنداً فى حق الجميع؛ ذلك لأن الاستناد فى حق المالك والغاصب لم يكن لاعتبار الغصب سبباً للتملك، وإنما كان ضرورة لوجوب الضمان فى وقت الغصب حتى يلزم الغاصب بقيمة الغصوب فيه فلا يظهر فى حق غيرهما إلا إذا اتصل بالاستناد حكم شرعى اقتضاه؛ لأن حكم الشرع يظهر فى حق الكل.

ويثبت هذا الملك للمعتدى مستنداً إلى وقت تعديه وضمانه؛ ولذا يرونه ملكا ناقصا أو ضروريا فيقدر بقدر الضرورة، ومن هذا قالوا: إنه لا يظهر فى حق الزوائد المنفصلة كالأولاد، فإذا حدثت قبل التلف وبعد الضمان كانت للمالك لا للغاصب بخلاف المتصلة فإنه يظهر فى حقها كالسمن والجمال ومثلها المنافع وأبدالها كالأكساب فإنها تكون للغاصب؛ لأنها نماء ملكه لظهوره فى حقها[١].

(١) الزيلعى جـ٥ ص٢٢٦-٢٣٢.

وما يربحه المعتدى من مال استولى عليه إذا اتجر فيه يطيب له عند أبى يوسف؛ لأنه حدث فى ضمانه، والمضمونات تملك بالتضمين ملكا مستندا إلى وقت السبب، وهو التعدى، وقد قال عليه الصلاة والسلام: «الخراج بالضمان»؛ ولذا يطيب له الربح. وذهب أبو حنيفة ومحمد إلى أنه لا يطيب له ولكن يتصدق به؛ لأنه إن كان ربحاً لا ملك فليس ملكا ثابتاً من كل وجه فلا يظهر فى حق زوال الخبث غير أنه يجوز له أن يدفعه فى الوفاء بضمانه؛ لأن الخبث فيه إنما كان لحق المالك فإذا أخذه المالك زال ذلك الخبث[1]. وإذا ظهر المغصوب قائما موجوداً بعد تضمين الغاصب وتبين أن قيمته أكثر مما دفع فى ضمانه فإن كان ضمانه بقول المالك أو ببينته أو بنكول الغاصب كان للغاصب ولا خيار للمالك؛ لأنه قد رضى بذلك الضمان، وتم تملكه بناء على ذلك، وإن كان ضمانه بيمين الغاصب فالمالك بالخيار إن شاء أمضى الضمان وإن شاء أخذ المغصوب ورد البدل؛ لعدم تمام رضاه - وإن تبين أن قيمته تساوى ما ضمن به أو أقل وقد ضمنه بقول الغاصب وبينته لم يكن له الخيار فيما ذكره الكرخى؛ إذ قد توفر له به مالية ما كان له بكمالها. وفى ظاهر الرواية يثبت له الخيار وهو أصح، لفوات الرضا[2].

ويلاحظ أن هذا التأسيس لا يكون مقبولاً ولا مطرداً إلا فى ضمان ما يقبل التملك عن ضمانه، أما ما لا يقبل التملك عند التضمين فلا يتصور فيه، وعليه قالوا: إذا غصب مسلم خمراً أو خنزيراً لذمى فإن ضمان ذلك يلزمه؛ لأنه مال متقوم فى حقه ولكنه غير متقوم فى حق المسلم، ولا يثبت فيه ملك له فإذا أتلفهما مسلم لذمى ألزم الضمان ولا يمكن مع هذا أن يستتبع ذلك تملك المسلم للخمر والخنزير؛ لأنه محرم عليه تملكهما، ولهذا اضطر من ذهب إلى ذلك التأسيس من الفقهاء أن يقرروا أن ذلك ليس من قبيل التعويض، وإنما هو جزاء لما أقدم عليه المسلم من جريمة إتلاف مال لغيره فكان إيجاب المال على هذا الأساس من قبيل العقوبة، وليس يمنع من ذلك أن تكون مقدرة بقيمة ما أتلف من المال، وهذا ما يتسق بوجه ما مع ما ألزم به الشارع من الغرامات المالية.

وقد يصح بناء على ذلك أن يقال لماذا لا يجعل هذا أساساً أيضاً فى إيجاب المال؛ نظير الضرر الأدبى وكل ضرر يتمثل فى فقد مال، وعلى هذا يكون الضرر مطلقاً مالياً

(١) الزيلعى جـ٥ ص٣٢٥.
(٢) الزيلعى جـ٥ ص٢٣١.

أو غير مالـى مستوجباً للتـعويض باعتبار أن إحداثه مـعصية تستوجب الجـزاء والتعزير، والضرر أوجب الشـارع إزالة أثره سواء أكان أثره إتلاف مـال، وعندئذ تكون إزالته بدفع مال مـعادل إلى من أصابه هذا الضرر، أم كـان أثره ألماً نفسيـا، وعندئذ تكون إزالته بما يذهب ما ترتـب عليه من ألم، وذلك بإرضـاء نفس المضرور وشفـاء غله، ويكون ذلك ضرباً من التعزير فيه معنى التعويض والإرضاء.

وعلى ذلك فتملك الغـاصب للمغصوب بالضمان مـشروط بأن يكون المحل قابلاً لثبوت الملك ابتداء كما بينا.

وقال الشافعى فى أحد قولين له: لا يثـبت للغاصب ملك فى المغصوب بالضمان أصلا حتى أن من غصب عبداً واكتسب في يد الغاصب ثم هلك العبد وضمن الغاصب قيمته فالكسب للمالك عندهم خلافاً للحنفية، إذ أوجبوه للغاصب.

ولو شرد البعيـر من يد الغاصب وعجز عن رده فمالكه بالخـيار إن شاء انتظر إلى أن يظهر وإن شاء لم ينتظر وضمن الغاصب قيمته، فـإذا ضمنه قيمته ثم ظهر البعير نظر فإن كان المالك قد أخذ قيـمته كما طلب فلا سبيل له على البعيـر فيما يرى الحنفية، وله أخذه عند الشافـعية. ووجه قولهم أن الملك نعمـة والغصب محظور ولا يصلح المحظور سبباً للنعمة، وإن كان المالك قد أخـذ قيمته بقول الغاصب، ففى ظاهر الرواية أن المالك بالخيار إن شاء رضى بما أخذ من قيمته وترك البـعير، وإن شاء رد ما أخذ من قيمة وأخذ البعير؛ لأنه مـا رضى بما أخذ من قيمة إلا مضطراً فكان له الخيـار، وقد سبق القول فى ذلك غير أن الغـاصب له استبقاء البعـير حتى يؤدى إليه المالك ما أخذه والمغـصوب قبل اختيار تضمين غاصبه على حكم مالكه عند أبى حنيفة، ولو أراد ألا يختار الضمان حتى يهلك المغـصوب وهو على مـلكه كان له ذلك، وعندئذ تـكون له قيـمتـه، وذهب أبو يوسف ومحمد إلى أن الملك يثبت قبل الاختيار فى كل من الضمان والمضمون جميعاً.

وعلى هذا الأصل ينبى الصـلح عن المغصـوب: الذى لا مـثل له على إضعـاف قيمته، فجوزه أبو حنيفة ومنعه صاحباه؛ لأنه حين وجب الضمان بنفس الهلاك وهو مال مقـدر كانت الزيادة عليه ربا، خـلافاً لأبى حنيفـة، إذ يرى أن وجوب الضمان مـتوقف على اختـيار المالك، فـإذا كان صلح قـبل الاختيـار كان الصلح تقـديراً للقيمـة وتمليكاً للمغصوب بـهذا القدر فكأنه باعه للغاصب بذلك. ويظهر الملك فى حـق نفاذ تصرفات الغاصب حتى لو باعه أو وهبه قبل أدائه الضمان نفـذ تصرفه بالتزامه الضمان، واختلفوا

فى حل الانتفاع بالمغصوب قبل أداء الضمان، فذهب أبو حنيفة ومحمد إلى أنه لا يحل له ذلك حتى يرضى صاحبه.

وذهب أبو يوسف إلى حله، وهو قول الحسن وزفر؛ لأن المغصوب مضمون ومملوك للغاصب من وقت الغصب، فلا محل لمنعه من الانتفاع مع ثبوت ملكه ولا لتوقف جوازه على رضا غير مالكه.

ووجه قول أبى حنيفة ما روى أنه ﷺ أضافه بعض الأنصار فقدموا له شاة مصلية فجعل رسول الله يمضغ لحمها ولا يكاد يسيغه فسأل رسول الله عنها فقيل له، أنها لجار ذبحناها فإذا حضر من غيبته أرضيناه بقيمتها فقال ﷺ، أطعموها الأسارى، فقد أمر بذلك ولم يطلق لأصحابه أن ينتفعوا بها، ولو كان حلالا طيباً لأطلق مع خصاصتهم وشدة حاجتهم إلى الأكل[1].

هذا، وما أشرنا إليه عن التأسيس كما يجرى فى التضمين بسبب تلف العين المغصوبة أو المعتدى عليها جميعها يجرى كذلك فى التضمين عند تلف بعضها وإلزام المعتدى ببدل ما نقص منها فيضمنه المعتدى على أساس أنه قد تملك ما تلف منه دون بقيتها، وعندئذ لا يزول ملك مالكها عنها ولا ينقطع حقه فيها.

ذلك ما ذهب إليه الحنفية.

أما المالكية فقد جاء فى الخرشى أن الغاصب يملك المال المغصوب إذا غرم مثله أو قيمته لمالكه؛ لإقدامه على إتلافه فإذا ظهر بعد التضمين أنه باق لم يمسه تلف تبين بذلك أنه لم يملكه، وعندئذ يجب رد المغصوب إلى مالكه إن أراد المالك ذلك، وعندئذ يسترد الغاصب ما غرمه ويكفى فى ثبوت الملك للغاصب الحكم عليه بالقيمة ولو لم يدفعها[2]. وفى البنانى أن ذلك هو ما جاء في المدونة؛ وهذا إذا لم يتبين كذبه فى دعواه التلف فإذا ظهر المغصوب بعد ذلك وعلم أنه قد أخفاه أخذه ربه ورد القيمة. وقال أشهب: إذا حلف أنه لم يمنعه عن ربه بقى له؛ وقال ابن الحاجب: إذا حكم بالقيمة ملكه الغاصب فلا رجوع لمالكه.

---

(١) البدائع جـ٧ ص١٥٢.

(٢) الخرشى جـ٦ ص١٦٧.

وذهب الشافـعية إلى أنه عند تلف المـال جميعـه بالاعتداء يضـمنه المتلف ويملكه بالضمان؛ لأنه غرم للمالك وأعطاه ما يـقوم مقام التالف من كل وجه، وهذا إذا لم تبق من المال بقية بعـد الاعتداء عليه تصلح أن تكون مـحلا للمالك، أما إذا بقـيت منه بقية تصلح أن تكون محـلا للمالك فلهم فى ذلك رأيان: قيل حكمـه حكم التالف جمـيعه فيملكه المتلف بالضمان، وقيل يبقى ملك صاحبه فيها حتى لا يقطع الظلم حقه، كما لو قتل شخص شاة فإن المالك مع تضمين المعتدى يكون أحق بجلدها. ومثال ذلك أن يقدم شخص على تغيير عين مملوكـة لغيره تغييراً يسرى إلى تلفها، فـفى هذه الصورة وأمثالها يرى بعض الشافعـية أن الحكم فيها كـالحكم فى التلف الحاصل فعلاً من حيث ضـمانها وتملك المعتدى لها.

ويرى بعضـهم أنها لمالكـها، وليس له إلا أرش النقص، وذلك مـا ذكره الحنفـية عنهم فى كتبهم؛ بياناً لمذهب الشافعية إلا أنهم أطلقوه ولم يقيدوه بما ذكر.

ويملك المعتدى عندهم بالضمـان التالف من المال ملكاً مراعى بمعنى أنه يمتنع عليه أن يتصرف فيه قبل أداء قيمته.

وجاء فى نهاية المحتاج أيضاً: إذا أشرف المال المغصوب على التلف بفعل الغاصب وعجز الغاصب عن دفع قيمته التى لزمتـه بسبب فعله هذا يرفع الأمر إلى القاضى ليبيعه ويدفع لمالكه قـيمـته مـن ثمنه إن وفى، فإن لم يكن هنـاك قاض تولى الغـاصب بيعـه بحضور المالك، أو المالك بيعه بحضور الغـاصب، ويأخذ المالك قيمته من ثمنه فإن بقى منه شىء كان للغاصب؛ لأنه يعد داخلاً فى ملكـه قبيل التلف فتكون الزيادة حدثت فى ملكه، وإذا لم يف الثمن ألزم الغاصب للمالك بما بقى له من القيمة.

هذا إذا كان فـوات المال بالاعتداء كـما ذكرنـا، أما إذا كان تحت يد عـارية وفات بسبب لا يد لأحد فيه كما لو تعفن الطعام من تلقاء نفسه فهو لمالكه مع أرشه.

وإذا لم يبق منه بعد الفوات فـى هذه الحال ما يقبل الملك كحـيوان نفق من تلقاء نفسه فـإن لمالكه حينئذ قيمتـه على صاحب اليد المعتدية وهل يتـملكه صاحب اليد بدفع القيمة قبيل التلف. ليس فى كلامهم ما يمنع من هذا.

وجاء فى نهاية المحتاج: أنه لو خلط المغصوب بغيره كَبُرٍّ أبيض ببر أسمر أو بشعير وأمكن التمـيز والفـصل بينهما لزمـه ذلك وإن شق عليه. ولكن إن تعـذر كخلط زيت

سمسم بزيت زيتون وكان اختلاطه من غير فعل أحد فالمذهب أن الحكم فيه كالتلف بالاعتداء فلمالك الزيت تغريمه بدله سواء أخلط بمثله أو بأردأ منه أم بأجود؛ لأنه لما تعذر رده أشبه التالف فيملكه الغاصب إن كان مما يقبل التملك ويستند ملكه إلى قبيل التلف أو ما فى حكمه، فإن لم يكن مما يقبل التملك كتراب أرض موقوفة خلط بزبل وجعل آجراً غرم الغاصب مثل التراب ورد الآجر إلى ناظر الوقف ولا نظر لما فيه من الزبل لاضمحلاله بالنار فإن هذا يدل - كما قال الشبراملسى على نهاية المحتاج - أن التراب إذا كان تراب أرض مملوكة لا موقوفة فإن الغاصب يملكه بالخلط ولا يرد حينئذ الآجر إلى مالك الأرض وإنما يلزمه رد مثل التراب ويمنع الغاصب من التصرف فى حال التلف فى المغصوب حتى يؤدى بدله.

أقول: إذا كان الغاصب لا يملك فى هذه الأحوال بالضمان إلا ما هو قابل للتملك، وذلك ما ذهب إليه الحنفية كما أشرنا من قبل فإن أساس إلزامه بدفع الضمان فيما لا يقبل التملك هو الاعتداء واقتراف هذه الجريمة - جريمة الاعتداء على مال الغير - ويكون الإلزام بالتضمين حينئذ من قبيل التعزير، كما ذهب الحنفية فى اعتداء مسلم بالإتلاف على خمر ذمى وإلزامه بضمانه. وإنما وجب رد الآجر إلى ناظر الوقف مع تغريمه مثل الزبل؛ لأنه لم يتملك ما منه صنع الآجر وهو تراب الأرض الموقوفة؛ لأنه موقوف لا يقبل التملك كأصله فلم يكن له لذلك حق استبقائه ولم يزل مادة موقوفة يجب ردها إلى ناظر الوقف ولم يعتبر الآجر تعويضاً؛ لأن التعويض إنما يكون بالمثل أو بالقيمة حيث يتم معنى التبادل وليس شيء من ذلك بمتحقق. هذا ما ظهر لى(١).

وفى مطالب أولى النهى من كتب الحنابلة ما يدل على أنهم يقولون بالتملك بالضمان ففيه أن التملك بالضمان إنما يكون عند فوات كل المال لا بعضه.

وجاء فى كشاف القناع - وإن غصب فرسا فشرد أو شيئًا فتعذر رده مع بقائه ضمن قيمته للحيلولة، فإذا أخذها المغصوب منه ملكها بقبضها فيصبح تصرفه فيها كسائر أملاكه ولكن لا يملكها على سبيل العوض بل فى حكم القرض، وتبقى عنده كرهن إلى أن يرد إليه المغصوب فيردها إلى دافعها، ولا يملك الغاصب العين المغصوبة بدفع القيمة حينئذ؛ لأنه لا يصح أن يتملكها بالبيع لعدم القدرة على التسليم، فلا يصح أن يتملكه بالتضمين كما يتملك التالف، وإنما جاز أخذ القيمة؛ دفعا للضرر عن المغصوب منه؛

---

(١) نهاية المحتاج جـ٥ ص١٧٣ وما بعدها، ص١٨٤.

ولذا كان أخذها تبعا لإرادته، فإذا قدر الغاصب على المغصوب بعد عجزه عن رده رده إلى مالكه واسترد القيمة بزوائدها المتصلة بها إن كانت باقية وإلا أخذ بدلها[١] وهذا يدل على أن مذهب الحنابلة ثبوت ملك الغائب بضمانه القيمة عند تلف المغصوب كله كما جاء فى مطالب أولى النهى، وعلى ذلك فالتملك بالضمان عند الشافعية والحنابلة إنما يكون عند تلف المغصوب جميعه لا عند تلف بعضه خلافا للحنفية.

موانع رد المغصوب وموانع ضمانه

ذكرنا أن من وضع يده على مال غيره بدون مسوغ شرعى وجب عليه أن يرده إلى مالكه ما دام قائما فى يده لم يتغير تغيرا يعد معه فى حكم التالف وهو التغير الذى ينقطع به حق المالك.

ويرى الشافعية وجوب الرد على ذى اليد سواء كان المستولى عليه متمولاً أو غير متمول كحبة بر وكلب يقتنى، وكذلك كل ما ثبت فيه حق الاختصاص.

وعلى ذى اليد مئونة رد وإن عظمت لحديث «على اليد ما أخذت حتى تؤديه».

ويكفى فى رده إلى مالكه التخلية بينه كما يكفى رده إلى من غصب منه من مستأجر أو مستعير أو وديع أو مرتهن أو صبى إذا كان من أهل الحفظ ولا يبرأ بأداء القيمة إلى أحد من هؤلاء.

ويكفى فى رده وصوله إلى مالكه وإن لم يعلم أنه له ولو كان ذلك ببيعه إياه أو بهبته إياه أو بإعارته أو بإيداعه أو بتقديمه إليه وهو طعام على سبيل الضيافة فأكله سواء أعلم المالك أنه له أم جهل؛ لأنه باشر إتلافه والمباشر مقدم على المتسبب فى التضمين إذا كان السبب ضعيفاً بل قالوا لو أكرهه الغاصب على أكله فأكله برئ الغاصب بذلك كما لو أكله بدون إذن من الغاصب أو علمه[٢]. غير أنه إذا كان بُرا فطحنه وخبزه ثم أطعمه مالكه لم يبرأ بذلك إذ إنه فى هذه الحال لم يقدم إليه ما يملكه لأن ملكه قد زال بفعله به وتملكه فلم يطعمه ما يملك.

---

(١) كشاف القناع جـ٢ ص٣٦٠ ومطالب أولى النهى جـ٤ ص٢٥.

(٢) الخرشى جـ٦ ص١٦١-١٦٢، البدائع جـ٧ ص١٤٨ وما بعدها، وكشاف القناع جـ١ ص٣٤١، حاشية الجرجى على المنهج جـ٣ ص١٣٣، مجمع الضمانات ص١٤٢.

ويمنع الرد ترتب ضرر عليه إذا كان ذلك الضرر أعظم من ضرر عدم رده كما فى خيط غصب فخيط به جرح إنسان وخيف عليه الضرر من نزعه فلا يرد ما دام هناك خوف من ضرر نزعه كما يمنعه تعذر رده بسبب تلفه أو خلطه بغيره خلطا لا يتميز معه كخلط زيت بزيت أو يشق تمييزه وفصله كخلط بر بأرز.

وكذلك يمنعه إقدام الغاصب على ما يعد فى حكم الإتلاف، وهو كل ما يصير به المغصوب مستهلكا صورة ومعنى أو معنى فقط كما فى ذبح شاة لغيره وطبخها أو طحن بر وخبزه أو جعل نحاس آنية.

وكذلك يمنعه ترتب ضرر عليه أعظم من ضرر استبقائه كالبناء على أرض إذا كانت قيمته أعظم من قيمتها أو على خشبة وقيمته أرفع من قيمتها ونحو ذلك مما يترتب على رده ضرر أعظم من ضرر استبقائه لدى ذى اليد عليه إذ الأصل أن الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف.

وذهب الشافعية والحنابلة إلى أن ولاية المغصوب منه فى استرداد ماله لا تنتهى بفعل شىء من ذلك ما بقيت ذات المال وعينه قائمتين بعد فعل الغاصب؛ ذلك لأن فوات بعض صفاته لا يبطل حق الاسترداد كما فى ثوب يقطعه غاصبه أو يصبغه؛ لأن ملك الغاصب كان ثابتا فى المال المغصوب قبل غصبه وإنما حدث ما أقدم عليه الغاصب من فعل فيه محظور فلا يقطع ملكا قائما ثابتاً. وعلى ذلك تبقى له ولاية الاسترداد نتيجة لبقاء ملكه - غير أنه إذا ترتب على رد المغصوب ضرر أعظم من استبقائه كأن كان المغصوب خيطا خيط به جرح إنسان وخيف إن نزع ضره لم ينزع وألزم الغاصب بالقيمة.

وإذا وجد المغصوب مع غاصبه فى غير محل الغصب فلمالكه حينئذ أخذه من غاصبه حيث هو، إلا أن يكون رده إلى محل غصبه يتطلب كلفة ومئونة، فإذا كان الأمر كذلك كان للمالك الخيار بين أن يأخذ ماله من غاصبه حيث هو وأن يضمنه قيمته يوم غصبه، إذ تعد حاجة المال فى نقله إلى محل غصبه لمئونة وكلفة فى حكم عيب أصابه ولا يلزم المالك بذلك، كما لا يلزم الغاصب بدفع مئونة إذا أراد المالك أخذ ماله مع مئونة نقله.

وعند الشافعية إذا نقل المغصوب إلى مكان غير المكان الذى غصب فيه كان للمالك أن يطالب الغاصب بقيمته حالا للحيلولة بينه وبين ماله ويردد إليه فيأخذ القيمة

وينتفع بها انتفاعه بالقرض وتكون فى يده حتى يرد إليه المغصوب فيردها إلى الغاصب عندئذ.

ومن الفقهاء من اشترط لذلك بعد المسافة وذلك بأن تكون مسافة قصر فإن لم تكن بعيدة لم يطالب الغاصب إلا بالرد، ومنهم من سوى بين البعيدة وغيرها فى جواز المطالبة بالقيمة مع الرد وبخاصة إذا ما خيف هرب الغاصب أو تواريه واختفاؤه.

وإذا رد المغصوب إلى مكانه الذى أخذه منه لم يبرأ إلا إذا كان ذلك بحضرة المالك خلافاً لزفر، إذ يرى براءته بذلك مطلقا.

وإذا أبى المالك أخذ المغصوب من غاصبه فعاد به الغاصب إلى بيته فتلف لم يضمن، إذ صار بذلك أمانة فى يد الغاصب.

ويمنع التضمين ما يأتى:

١- أن يكون الإتلاف بحق:

كما فى إتلاف المسلم خمراً لمسلم عند جميع الفقهاء. وكما فى إتلافه آنية خمر إذا لم يتمكن من إراقته إلا بذلك؛ لأن هذا الفعل مأمور به من الشارع إذ إنه من قبيل إزالة المنكر، ولأن خمر المسلم وكذا خنزيره كما سبق مال غير متقوم ولا ضمان فى مال غير متقوم.

وكذلك الحكم فى إتلاف المسلم خمرا لذمى عند الشافعية والحنابلة ومن ذهب مذهبهم لعدم تقومه فى حقه، ومن هذا القبيل إتلاف الإنسان مالا طاعة لأمر صدر إليه إذا كان هذا لأمر واجب الطاعة عليه؛ فأعوان القاضى إذا ما كلفهم القاضى بهدم جدار معرض للسقوط على المارة فهدموه فلا ضمان عليهم، لأن إتلافهم كان بحق.

أما إذا كان أمراً بمعصية فلا طاعة فيه، فإذا فعله المأمور كان معتديا وضامنا لما ترتب عليه من تلف.

وإذا كان المأمور به جائز الفعل ولو فى اعتقاد المأمور كطاعة ولى الأمر وطاعة الوالدين كان فعل المأمور كفعل الآمر فيكون الضمان على الآمر إذا ما ترتب على ذلك ضمان. وقد نصوا على أن الآمر فى هذه الحال إذا أمر غيره بما يملك مباشرته جعل فعل المأمور كفعل الآمر[1]. وذلك إذا أنفذه بقصد الامتثال والطاعة ولم يتعد. فإذا أمر أب

(١) مجمع الأنهر، جـ١ ص٦٣٦.

ابنه بإيقاد نار فى أرضه ففعل وتعدت النار إلى أرض جاره فأتلفت شيئا ضمن الأب لا الابن كما لو كان المباشر الأب، لصحة الأمر.

وهذا ما يعد استثناء من قاعدة الضمان على المباشر ولو لم يتعد، وإنما سقط الضمان عن المباشر هنا لأن عمله مقتضى للأمر ولازم له عرفاً فأخذ حكمه.

وليس حكم الموظف مع رئيسه فيما يجوز له الأمر به لمرءوسيه بمخالف لذلك الحكم، أما فيما لا يجوز له الأمر فلا اعتبار لهذا الأمر إلا إذا كان إكراها كما سيأتى؛ ولذا نص الشافعية على أن أهل الفتوى إذا أفتى أحدهم شخصا بإتلاف مال ثم تبين بعد ذلك خطؤه كان الضمان على المفتى. وقد نص الحنفية على أن الآمر لا ضمان عليه بالأمر إلا فى ستة مسائل منها إذا كان الآمر سلطاناً، أو أبا وكان المأمور صبيا، أو كان سيدا والمأمور عبده وقد أمر بإتلاف مال الغير ضمن الآمر ولم يأثم المأمور.

وكذلك جاء فى التتارخانية: حريق غالب وقع فى محلة فهدم رجل دار غيره بغير أمر صاحبه وبغير إذن من السلطان حتى ينقطع ذلك الحريق عن داره - أي دار الهادم - ضمن ولم يأثم.

قال الرملى: وفيه دليل على أن الأمر إذا كان من السلطان لم يضمن، لما له من ولاية عامة له بمقتضاها أن يأمر بدفع الضرر؛ ولذا جاء فى الخانية. لو أن هذا الذى هدم الدار عند وقوع الحريق قد هدمها بإذن الإمام لم يضمن.

١- فى حال تعرض النفس أو طرف من أطرافها أو تعرض المال للتلف بسبب صيال دابة يخشى أذاها، وذلك ما يعبر عنه بحال دفع الصائل أو كما يعبر رجال القانون بحق الدفاع الشرعى، وهو فى كل الأحوال التى يتعرض فيها الإنسان لأذى يصيب نفسه أو ماله أو عرضه[1] ثم لا يرى سبيلاً لدفعه عنه إلا أن يتلف مالا لغيره.

والشارع يجيز ذلك إذا كان بأيسر طريق ممكن إليه، ولا حرج إذا تجاوزه الدافع حين يرى أنه قد أخفق فى دفع الأذى به.

وأساس ذلك ما انتهى إليه استقراء الأحكام ونصوص الشارع من إقرار المبدأ القاضى بوجوب اختيار أهون الشرين وأخف الضررين إذا لم تكن عن أحدهما مندوحة، ومبدأ وجوب تحمل الضرر الأخف لدفع الضرر الأشد.

---

(١) المغنى جـ١٠ ص٣٥١ وعمدة القارئ جـ١٣، ص٢٤-٣٥.

ويجب فى هذه الأحوال أن يكون الضرر الذى يراد دفعه ضرراً مداهما وحالاً ولا يمكن دفعه بالالتجاء إلى الحاكم قبل وقوعه ويكفى فى ذلك غلبة الظن.

وقد جاء فى حديث صفوان بن يعلى عن أبيه قال: قاتل أجير لى رجلا فعض يده فانتزعها من فمه فنثرت ثنيته فشكى إلى النبى ﷺ فأهدرها وقال له: «أتريد أن يضع يده فى فمك تقضمها كالفحل ولا ينزعها». وبه استدل الشافعى على جواز قتل الفحل الصائل إذا أتى على قاتله ولم يلزمه بضمانه، ولم يختلف الفقهاء فى جواز دفع الصائل من الحيوان بما يدفع أذاه؛ لأن دفع الضرر واجب شرعاً وإنما اختلفوا فى تضمين قاتله بناء على أن وجوبه لا يسقط حق مالكه، إذ لم يشرع ذلك سبباً مسقطاً للملك؛ فالجمهور على أنه لا يضمن، ورأى غيرهم التضمين ولكن مع سقوط الإثم. وفى المغنى لابن قدامة إذا صالت بهيمة على إنسان ولم يمكنه دفعها إلا بقتلها جاز له قتلها إجماعاً وليس عليه ضمانها إذا كانت لغيره، وإلى هذا ذهب مالك والشافعى وإسحاق بن راهويه[١].

وقال أبو حنيفة: عليه ضمانها، لأنه أتلف مال غيره لإحياء نفسه فكان عليه الضمان كالمضطر فى مخمصة إذا أكل مال غيره فإن ذلك جائز له وعليه أن يؤدى قيمته إلى مالكه.

ووجه ما ذهب إليه الجمهور أنه إنما قتله لدفع شره وقد أجاز له الشارع ذلك فكان من حقه. وليس كالمضطر فإن الطعام لم يلجئ المضطر إلى إتلافه وقد انتفع به انتفاع المالك بملكه فيلزمه ضمانه، بخلاف الصائل فإنه بأذاه يلجئ من تعرض له إلى قتله، ولم ينتفع به قاتله والضرر الدافع إلى الأكل لم يكن مصدره الطعام وإنما كان مصدره طبيعة الآكل بخلاف ضرر الصائل؛ ولذا قال ابن حزم: كل من عدا عليه حيوان من بعير أو فرس أو بغل أو فيل ونحوه فلم يقدر على دفعه عن نفسه إلا بقتله فقتله فلا ضمان عليه وهو قول مالك[٢].

وقد نص الحنفية على أن العبرة فى ذلك بغلبة الظن؛ إذ لا ينتظر الإنسان حتى يحل الضرر به فعلاً.

وقال ابن عبد السلام من المالكية: يجوز دفع الدابة الصائلة عن كل نفس معصومة، مسلمة كانت أم غير مسلمة من أهل الذمة كالجمل الصئول والكلب العقور،

---

(١) المحلى جـ١١ ص١٣.
(٢) المحلى جـ٨ ص١٢٤٦.

وهو مروى عن ابن القاسم فإذا قتل اتقاء لأذاه وكان ذلك بعد التقدم إلى صاحبه فلا ضمان - وذكر أشهب أنه لا ضمان بقتله على أية حال، إذ ليس من المقبول أن يؤمر من تعرض لأذاه بالانتظار حتى يحل به الأذى وليس التقدم إلى صاحبه ميسوراً فى كل وقت[١].

وذهب الشافعى إلى أنه لا ضمان على قاتله دفعا لأذاه وحفظا لما حرم الله إهلاكه[٢] وذهب الحنابلة إلى أن قتل البهيمة الصائلة إذا تعين سبيلاً لدفع أذاها لا ضمان فيه، وسواء في هذا الحكم أن يكون المعرض لأذاها نفس القاتل أو زوجته أو أحد أسرته أو ماله وإن قلٍ إذا زاد مقداره على قيمتها وذلك لسقوط حرمتها بالصول[٣].

٢- وإذا نزلت بشخص مخمصة أو عطش مهلك فدفع الهلاك عن نفسه بأكل مال لغيره أو بشرب ما يملك من ماء بدون إذنه فذلك له عند الحنفية ولا إثم عليه وعليه قيمة ما أكل أو شرب ولا إثم عليه ما دام لم يتجاوز حاجته؛ لأن الضرورة تقدر بقدرها، وإنما وجب عليه الضمان؛ لأن أخذه المال لمصلحة نفسه لا يسقط حق غيره فيه[٤]، وإلى هذا ذهب الشافعية والزيدية وهو أيضاً مذهب الحنابلة إذ ذهبوا إلى تضمينه قيمة ما أخذ حتى لا يجتمع على مالك الطعام فوات عينه وماليته ولأنه أخذه لمنفعته فوجب عليه عوضه[٥].

وذهب المالكية إلى جواز أخذ مال الغير فى هذه الحال دفعاً للضرر الواجب دفعه وفى تضمين الآخذ ثلاثة أقوال عندهم:

أحدها: أن على آخذه ضمان ما أخذ بغير رضاه إذ قد أخذ لمصلحة نفسه فلا يسقط بذلك حق مالكه.

ثانيها: أنه لا ضمان عليه؛ لأنه إنما أخذ ما جعله الشارع حقا له فى مال غيره، والقاعدة أن الجواز الشرعى ينافى الضمان وذلك ما ذهب إليه أهل الظاهر.

---

(١) التبصرة جـ٢ ص٢٥.
(٢) الأم جـ٦ ص١٧٢.
(٣) المغنى جـ١١ ص٧٦ وكشاف القناع جـ٤ ص٩٢.
(٤) الدر المختار وحاشية ابن عابدين جـ٥ ص٢١٥ وأسنى المطالب جـ١ ص٥٧٠.
(٥) كشاف القناع جـ٤ ص١١٧، والمغنى جـ١١ ص٨٦.

ثالثها: أن عليه ضمان ما أخذ إذا كان موسراً يجد قيمته فإن كان معسراً فلا ضمان عليه[١].

٣- أما إذا أتلف مالا فى سبيل إنقاذ مال آخر فالمتلف ضامن لما أتلف إذا كان إتلافه لمال هو لغيره فى سبيل إنقاذ مال نفسه لأنه إنما أتلف المال لمصلحة له والغنم بالغرم فوجب عليه ضمانه درءاً للضرر عن صاحب المال.

أما إذا كان ذلك فى سبيل إنقاذ مال لصاحب المال المتلف كإتلافه لبعض المال فى سبيل إنقاذ باقيه فلا ضمان على المتلف حينئذ إذا كان فى ذلك منفعة لصاحب المال؛ لأنه إنما قام بدفع ضرر أكبر بارتكاب ضرر أقل والقاعدة أن الضرر الأدنى يتحمل لدفع الضرر الأشد.

وإذا كان المالان لشخصين فإنه قياساً على ما ذكروا من جواز الرجوع على صاحب المال المعرض للتلف بما ينفق فى سبيل خلاصه وإنقاذه أن يكون المتلف ضامناً لقيمة المال التالف لمباشرته وله الرجوع بذلك على صاحب المال المنقذ لثبوت الولاية المبنية على العرف والضرورة.

وهذا مع ملاحظة أنه يجب أن يراعى أن يكون ما يرجع به دون قيمة ما أنقذ من المال حتى يكون هناك عرف برضاء صاحبه عما قام به من إنقاذ وتخليص.

ومما ذكر فى هذا ما ذكروه من أنه لو ابتلعت دجاجة لؤلؤة ذبحت الدجاجة لأخذ اللؤلؤة وعلى صاحب اللؤلؤة قيمة الدجاجة لأن قيمة اللؤلؤة أكبر من الدجاجة فيضمن صاحب ما عظمت قيمته لصاحب ما قلت قيمته، وعلى هذا الأصل يكون الحكم فيما لو دخل فصيل غيره فى داره فكبر ولم يمكن إخراجه إلا بهدم الجدار أو أدخل ثور رأسه فى قدر وتعذر إخراجه إلا بكسر القدر أو سقط دينار فى محبرة لغير صاحب الدينار ولا يخرج إلا بكسرها[٢].

هذا، وإبراء المالك للغاصب يصير به المغصوب فى يده أمانة فيخضع لأحكام الأمانة من حيث الحفظ والرد والضمان - وكذلك يصير المغصوب فى يد غاصبه أمانة إذا استأجره الغاصب من مالكه فيخضع لجميع أحكام العين المستأجرة فى كل ما ذكرنا.

---

(١) الفروق جـ١ ص١٩٥ والقناع والإكليل جـ٣ ص٢٥٤.

(٢) الأشباه والنظائر الفن الأول ص١٢٢ طبعة إسلامبول.

٤- رضا المضرور بالضرر ليس لأى إنسان أن يتصرف فى حق لغيره بدون ولاية شرعية. وتصرفه عندئذ يعد اعتداء يستوجب الضمان عند توافر شروطه وإنما له التصرف فى حقوقه التى يجوز له التصرف فيها. فليس للإنسان أن يتصرف فى نفسه فيأمر غيره بأن يقتله. كما لا يجوز له التصرف فى طرف من أطرافه إلا لضرورة صحية تقتضى ذلك وتوجبه. وله أن يتصرف فى حقوقه المالية تصرفاً لا يمس حقا لغيره تعلق بها، وعلى هذا نص الفقهاء على أنه لو حرق ثوبه بأمر من غيره لم يضمن الآمر إذ إن أمره باطل ولا يستوجب طاعة، ولو قال لغيره: احرق ثوبى أو ألقه فى البحر ففعل فلا ضمان عليه، وكذلك لو قال له: اهدم منزلى فهدمه فلا ضمانَ عليه؛ إذ إن أمره قد صدر فى حدود ولايته ولم يكن المأمور متعديا بسبب ذلك فلا يضمن[1].

ومثل ذلك ما لو باشر إنسان فعلا ترتب عليه ضرر مالى بغيره وكان بإذن من ولى الأمر أو من نائبه فى حدود ولايته فإنه لا ضمان عليه إذا ترتب على فعله ضرر. ومن ذلك لو أقام شخص قنطرة على نهر بإذن الإمام فارتطمت بها سفينة فانكسرت لم يكن عليه ضمان لعدم تعديه بسبب إذن الإمام له فى حدود ولايته لأن الإنشاء والبناء فى كل ما للمسلمين فيه حق مقرر كالطرق والأنهار ونحوها محظور إلا بإذن الإمام صيانة لحق العامة.

وليس يعتبر السكوت إذناً إذ لا ينسب إلى ساكت قول إلا فيما استثنى[2] وعلى ذلك لو رأى غيره يشق زقه حتى سال ما فيه لم يبرأ الشاق من الضمان، ولكن لو رأى حيواناً له يأكل حنطة غيره أو زرعه فلم يمنعه حتى أكلها أو أكله كان ضامناً إذ إن فعل حيوانه ينسب إليه وخاصة عند رجوع منفعة الفعل إليه وإمكان دفعه.

وذهب بعض المشايخ إلى عدم تضمينه لعدم مباشرته الإتلاف وعدم اعتبار تركه لحيوانه فعلا ماديا يترتب عليه التلف.

والإذن قد يكون صريحاً كما سبق وقد يكون غير صريح فيكون ثابتاً بحكم العرف والعادة والضرورة. ومن ذلك أنهم جوزوا الشراء من مال المريض ما يحتاج إليه من طعام ودواء بلا إذنه إن كان مرضه يمنع استئذانه كما جوزوا للوديع أن ينفق على والدى المودع إذا كان ذلك فى مكان لا يمكن الرجوع فيه إلى القاضى وجوزوا البعض

(١) جامع الفصولين جـ٢ ص٧٨، الدسوقى جـ٤ ص٢٤٠، الدر جـ٥ ص٥٤٠.
(٢) كسكوت الثيب والبكر عن استئذان وليها.

الرفقة فى السفر أن يبيعوا من متاع من مات منهم ما يجهزونه بثمنه دون أن يكون فى كل ذلك ضمان[١]. وانظر الدر المختار فى شراء ما لابد منه للصغير وبيعه وجواز ذلك لأخ وأم وعم وملتقط لمن هم فى حجره. ومن ذلك أن يعمد إنسان إلى ذبح شاة قد أعدها القصاب للذبح وأن يعمد فعله إلى هدم جدار أحضر مالكه من يهدمه[٢].

أما الرضا عن الأفعال بعد حدوثها كإجازة المالك قبض الغاصب لما غصبه فللحنفية فيها رأيان: أحدهما صحة الإجازة اللاحقة باعتبار أنها كالإذن السابق، والأخرى عدم الصحة لأن الفعل إذا وقع مستوجبا التضمين لا ينقلب غير مستوجب له وهو رأى أبى حنيفة إذ ينقل عنه أنه يرى أن الإجازة إنما تلحق العقود لا الأفعال خلافاً لمحمد إذ لا يفرق بينهما. وينقل الحصكفى عن التمرتاش القول بتصحيح الإجازة فى الأقوال والأفعال وذلك ما نص عليه فى الذخيرة وقال إنه الأصح، وجاء في الأشباه أن الإجازة لا تلحق الإتلاف[٣].

وكذلك يحول دون إيجاب الضمان أن يقع الإتلاف بتسليط من مالك المال كما فى مالك أودع ماله صبياً فأتلفه أو أقرضه إياه فأتلفه ونحو ذلك.

٥- عدم الفائدة فى التضمين إذا أتلف البغاة مالا للمسلمين أو أتلف المسلمون مالا للبغاة والخارجين فلا ضمان على المتلف عنهم، لعدم الفائدة فى التضمين، إذ لو وجب الضمان على المسلمين لم يجز أن يعطى للبغاة المحاربين ولا محل لإيجاب الضمان على البغاة، لعدم الولاية عليهم ولأن مصير أموالهم قبل التسلط عليهم إلى المسلمين.

(١) تكملة ابن عابدين جـ٢ ص٢٨٨، المختار جـ٥ ص١٤٠.
(٢) الدر المختار جـ٥ ص٢٧٦ و ١٩٥.
(٣) تنوير الأبصار جـ٥ ص١٩٣٥ والدر المختار جـ٥ ص١٩٣ وتنوير الأبصار بهامش رد المختار جـ٥ ص٧٣٢ ومجمع الضمانات ص١٤٢.

مسئولية المتبوع عن ضرر أحدثه تابعه

تكلم رجال التشريع الوضعى فى مسئولية المتبوع عن الضرر المالى الذى يحدثه تابعه ويقتضى تضمين من أحدثه، وذلك بمطالبته بالتعويض فذكروا مسئولية المرء عن أفعال الأشخاص الخاضعين لرقابته وفى ذلك جاءت المادة ١٧٣ فقرة (١) من القانون المدنى المصرى ونصها:

كل من يجب عليه قانونا أو اتفاقا رقابة شخص فى حاجة إلى الرقابة بسبب قصره أو بسبب حالته العقلية أو الجسمية يكون ملزما بتعويض الضرر الذى يحدثه ذلك الشخص للغير بعمله غير المشروع ويترتب هذا الالتزام، ولو كان من وقع منه العمل الضار غير مميز.

ومثلوا لذلك بالوالدين والولى ومدير مستشفى الأمراض العقلية وذكروا أن هؤلاء وأمثالهم ممن لهم رقابة على غيرهم ممن هم فى حاجة إلى الرقابة مسئولون عن الضرر الذى يحدثه من هم تحت رقابتهم مسئولية أصلية، وكذلك ذكروا أن المتبوع مسئول عن الضرر الذى يحدثه تابعه بعمله غير المشروع متى كان واقعاً منه فى حال تأدية وظيفته أو بسببها.

وتقوم رابطة التبعية ولو لم يكن المتبوع حرا فى اختيار تابعه متى كانت له عليه سلطة فعلية فى رقابته وتوجيهه، ومثلوا لذلك بعمال المصانع وموظفى الحكومة وسائقى السيارات. وفى ذلك جاءت المادة ١٧٤ من القانون المدنى المصرى وهى تلزم المتبوعين بضمان ما يتلفه من هم تابعون لهم من الأضرار غير المشروعة متى وقع ذلك حال تأديتهم وظيفتهم أو بسببها.

ولا ترى الشريعة الإسلامية هذا الرأى ولا تقر المبدأ الذى قامت عليه هذه الأحكام وقد جاء فى القرآن الكريم ما يعارضه ويبطله مثل قوله تعالى فى أكثر من موضع من الكتاب: ﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ ... ﴿١٦٤﴾﴾ [الأنعام] ومثل قوله تعالى: ﴿كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ ﴿٣٨﴾﴾ [المدثر] وقوله تعالى: ﴿لَهَا مَا كَسَبَتْ وَعَلَيْهَا مَا اكْتَسَبَتْ ... ﴿٢٨٦﴾﴾ [البقرة] وعلى ذلك لا يسأل الإنسان عن ضرر أحدثه

غيـره ولو كان المحدث له غـير مميـز إلا أن يكون ذلك عن طريق إكراهه إكـراها يجعله كالآلة فى يد المكرِه وهو الإكراه الملجئ المعتبر شرعاً فعند ذلك يكون المكره «بكسر الراء» مسئولاً لتنزيله حينئذ منزل المباشر والمباشر منزلة الآلة، وقد سبق القول فى ذلك.

وقد اشتبه على بعض الكاتبين ما ذهب إليه الفقهاء فى الأجير الخاص من أنه أمين على ما تحت يده من مال وأنه بحكم أمانته لا يكون مسئولاً عما يتلف من مال تحت يده بحكم أنه أجير إلا إذا قصر فى حفظه أو تعدى عليه فأتلفه وأن ضمان التالف يكون على مؤجره مـالك المال فظنوا أن ذلك إقرار من الشريعة الإسـلامية لمساءلة المتـبوع عن عمل تابعه وإلزامه بضمان مـا يحدثه من الأضرار نتيجة لعلاقة التبـعية، وليس الأمر كذلك، فإن ما ذكره الفـقهاء من أحكام الأجير الخاص فى ذلك الموضع إنما هو مـقصور على ما تحت يده من أموال لمؤجره أو مما استودعه مؤجره إياه من أموال لغيره احتاج إليها الأجير ليستعين بها بطريق الاسترشاد على القـيام بما استؤجر عليه وهى أموال وضعت تحت يده بحكم أنه أجـير نائب عن مـؤجره، وأن يده نائبة عـن يد مؤجره، وأنه حين يـعمل إنما يعمل لمؤجـره وفق عقد الإجـارة فكان فى عمله كالوكـيل عن مؤجره وكأن مـؤجره هو واضع اليد وهو العامل؛ ولذا كان غير مسئول عما يترتب على عمله من ضرر باعتبار أنه كالعمل الصادر من صاحب المال فى مالـه، ولا يسأل إنسان عن ضرر يحدثه فى ماله أو فيما استؤمن عليه إلا أن يكون فيه متعديا؛ ولذا إذا قصر فى عمله أو تعدى فأفسد خرج بذلك عن نيابته عمن اسـتأجره وكان ضامناً وكان هو المسئول لا المؤجـر أما ما عدا ذلك من الأموال مما وصلت إليـه يده فأتلفه فـالحكم فى إتلافها خـاضع للقواعد العـامة التى أشرنا إليها فيما سبق فيما ذكرناه عن أسباب الضمان به.

وذلك هو أساس الحكم فى الأجير الخاص وهو مؤسس على يده وأمانته وأين هذا من مسئولية المتبوع عن ضرر يحدثه تابعه؟ إن مسئولية من له الرقابة عن ضرر يحدثه من له الرقابة عليه إذن هو حكم غير خاص بالأموال التى هى تحت أيديهم ولا يتصل الحكم فـيهـا بأمانتـهم وليس خـاصا بأجـير واحـد بل يعم قـانوناً جمـيع الأجراء الوحـديين والمشتركين. وعلى ذلك فإذا صدم سائق لسيارة شخص متاعاً فى الطريق فأتلفه لم يسأل عنه مالك السيارة فيما يرى فقهـاء الشريعة الإسلامية ويسأل عنه فى نظر رجال القانون. وهذا مثال يجلى لك الفرق بين الشريعتين.

أما ما جاء فى المادة ١٧٣ فقرة (أ) مدنى من مساءلة المتبوع عن تابعه فيما يحدثه التابع من ضرر مالى بغيره إذا كانت رقابته واجبة عليه شرعاً أو اتفاقاً بسبب قصره أو ضعف عقله أو فقده وذلك ما يعم الصبى والمجنون والمعتوه، فقد سبق القول بأن جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية إنما يرون مساءلة هؤلاء فى أموالهم عما يحدثونه من ضرر مالى بغيرهم نتيجة لإحداثهم ذلك الضرر ووجوب رفعه، ولا يسأل من له الولاية أو الرقابة عليهم إلا بمطالبتهم بأداء الضمان مما تحت أيديهم من أموال هؤلاء، لما لهم من الولاية عليها، كما سبق القول بأن عمل هؤلاء إذا أدى إلى التلف وكان حدوثه منهم بأمر صدر إليهم من غيرهم وليا كان أم غير ولى أو بإثارة منه لهم كان الضمان فى أموالهم أيضاً لمباشرتهم ولكن يكون لهم حق الرجوع فى مال من أمرهم أو أثارهم أو هيأ لهم ومكنهم من إقدامهم على هذا الإتلاف؛ لاستقرار الضمان عليه ولكونهم كانوا كالآلة فى يده، وذلك كما إذا دفع شخص سكيناً إلى صبى لا يميز، أو إلى مجنون فأتلف بها مالاً أو أمره بإحضار نار من مكان معين فلما أحضرها سقط منها ما تلف به مال لغيره، ففى هذه الأحوال وأمثالها يكون الضمان فى أموالهم بسبب مباشرتهم الإتلاف والرجوع بما غرموا على من أمرهم لغروره، أو لأنه كالمباشر وذلك ليس مما نحن فيه، وإنما هو تضمين مؤسس على تعديه بأفعال ترتب عليها ضرر مالى بغيره.

فعل الحيوان وما ينشأ عنه من ضرر

الأصل فى فعل الحيوان وما ينشأ عنه من ضرر أن يكون جباراً؛ أى هدراً لا يستتبع مساءلة؛ ذلك لأنه لا ذمة له ولا إدراك . ولهذا قال ﷺ فيما رواه أبو هريرة: «العجماء جرحها جبار». رواه مسلم. والجبار: الهدر. والعجماء: الدابة.

وجاء فى بعض الروايات: «السائمة جبار»، والسائمة: هى الدابة المرسلة فى رعيها.

والعجماء فيما ذكره بعض العلماء الدابة المنفلتة التى لا يكون معها أحد حيث يكون الانفلات عادة.

ولكن قيام الإنسان على الحيوان واستخدامه إياه فى مصالحه من ركوب وحمل وحبس وإطلاق وتوجيه واتخاذه وسيلة لقضاء حاجاته ومآربه قد حمله على اتخاذ مواقف وتحركات بحكم طبيعته كان لها آثارها فى محيط عمله وأماكن وجوده، وقد

يكون من هذه الآثار ما يعد ضرراً يلحق من يصيبهم وهو ضرر بحدوثه على هذا الموضع يعد كالضرر يحدث من آلة يستخدمها صاحبها فيكون مسئولا عما يترتب على استخدامها من ضرر ينشأ عنها بسبب يعد تقصيراً وتعدياً أو إهمالاً أو نحو ذلك.

ولكن الحكم فى الحيوان وما ينشأ عن فعله يختلف عن ذلك بسبب اختلاف الوضعين: وضع الآلة ووضع الحيوان، فالآلة ليس لها من حركة إلا بتحريك صاحبها فكان ما يحدث عنها من ضرر من قبيل الضرر المباشر، والمباشرة لا يشترط فيها التعدى، والحيوان يتحرك بغير إرادة صاحبه فكان ما يحدث عنه من ضرر من قبيل التسبب بالنظر إلى صاحبه، ولهذا وجب أن يكون الضرر الناشئ عن فعل الحيوان نتيجة تقصير وتعد، لكى يسأل صاحبه عنه فإن الأصل فى مساءلة المتسبب عما يحدثه من ضرر بسبب فعله هو الإهمال والتقصير والتعدى؛ ولذا ينتفى الضمان نهائيا إذا لم يكن للحيوان مالك، أما إذا كان له مالك فإنه يكون مسئولاً عند إهماله أو تقصيره أو تعديه. وهذا ما يشير إليه حديث حرام بن محيصة، فقد روى أن ناقة البراء بن عازب دخلت حائطاً فأفسدت فيه فقضى رسول الله ﷺ أن على أهل الحوائط حفظها بالنهار وأن ما أفسدته المواشى بالليل ضامن «أى مضمون» على أهلها - فإن المواشى حين كانت تترك نهاراً للرعى والسوم لم يكن فى تركها تقصير إذ كانت هذه عادتهم وكان على أرباب الحوائط وهم يعملون فيها نهاراً أن يحفظوها ويذودوا عنها، فإذا ما دخلت حوائطهم فأفسدت فيها كان ذلك من تقصيرهم فى حراستهم حوائطهم لا من تقصير أرباب المواشى؛ ولذلك فلا ضمان عليهم فيما أفسدت.

أما إذا كان الليل فعلى أرباب المواشى حفظها ومنعها حيث لا سوم ولا رعى وحيث تحبس فى حظائرها، فإذا ما انفلتت ليلاً فأفسدت كان ذلك من تقصير أربابها فى حفظها فكان عليهم ضمان ما أفسدت.

ذلك ما يدل عليه حديث حرام كما يدل على هذا المعنى أيضاً ما رواه النعمان بن بشير قال: قال رسول الله ﷺ: «من وقف دابة فى سبيل من سبل المسلمين أو فى سوق من أسواقهم فأوطأت بيد أو رجل فهو ضامن»؛ ذلك لأن وقف الدابة فى الطريق يعد اعتداء؛ إذ لم يجعل الطريق لوقف الدواب وإنما جعل للمرور فيه فكان ذلك استعمالاً للطريق فيما لم يجعل له، كما أن وقفها فى السوق يعد كذلك اعتداء من صاحبها فكان متسبباً فيما يحدث عن فعلها من ضرر وكان لذلك ضامناً.

وبناء على ما ذكر إذا لم يكن للدابة مالك ففعلها جبار أى هَدَر وباطل وكذلك إذا كان لها مالك ولم يحدث منه تقصير ولا إهمال فى رعايتها كان من نتيجته حدوث ذلك الضرر فلا ضمان عليه فيما أتلفت، وذلك ما يدل عليه حديث: «العجماء جرحها جبار»، وحديث «العجماء والبئر جبار والمعدن جبار» وحديث «الرِّجل جبار»، إذ المراد أنها إذا فعلت ذلك بنفسها دون دفع لها ولم تكن عقوراً ولم يفرط مالكها فى حفظها حيث يجب عليه الحفظ وذلك فى الليل كما يدل عليه حديث حرام بن محيصة، وكذلك فى وقفها أسواق المسلمين وطرقهم ومجتمعاتهم كما يدل عليه حديث النعمان بن بشير.

ذلك ماورد من آثار فى فعل الحيوان وما يترتب عليه من مسئولية وقد كانت محل خلاف فى تفاصيل أحكامها بين فقهاء المذاهب؛ نتيجة لاختلاف أنظارهم فى تأويلها وما يصاحب فعل الحيوان من ظروف وملابسات تختلف الأنظار فى تقديرها، وفيما يلى ما يترتب على فعل الحيوان فى مذاهب الفقهاء إذا لم تلابسه ظروف خارجة كظروف الطريق أو السوق.

فالحنفية يرون أن جناية الدابة لا تخلو إما أن تكون قد حدثت من الدابة فى ملك صاحبها أو فى ملك غيره أو فى طريق المسلمين، فإن كانت فيما هو ملك لصاحبها سواء أكان له خاصة أم مشتركا وليس معها صاحبها لم يضمن صاحبها ما أحدثت من تلف على أية حال حدث ذلك منها.

وإن كان معها صاحبها سائقاً لها أو قائداً دون أن يكون راكباً لها لم يضمن تلفها؛ لأنه فى هذه الوجوه متسبب لاتصال أثر فعله بالمتلف بواسطة فعل مختار هو الدابة والمتسبب إنما يضمن إذا كان متعدياً ولا تعدى هنا من المالك.

وإن كان راكباً إياها وهو يسير ضمن ما وطئت برجلها أو بيدها؛ لأنه حينئذ مباشر للإتلاف؛ لأن ثقله وثقل الدابة اتصلا بالمتلَف فكأنهما وطآه جميعاً، والمباشر ضامن متعديا كان أم غير متعد.

وإن كدمت أو نفحت برجلها أو ضربت بذنبها فلا ضمان، لعدم تمكنه حينئذ من منعها.

وإن كانت فى ملك غير صاحبها بلا إذنه وقد دخلت فيه بغير صنع صاحبها فلا ضمان عليه؛ لأنه ليس متسبباً ولا مباشراً.

وإن أدخلها صاحبهـا فيه فعليه الضمان فى جميع الأحـوال، لتعديه بإيجادها فى ملك الغير بدون إذنه.

وإن كانت فى طريق المسلمين وقد أوقفها صاحبها فعليه الضمان فى الوجوه كلها؛ لتعديـه بالإيقاف فى طريق. وإن كانت سائرة فـيه ولـم يكن معهـا صاحبهـا وقد سارت بإرساله ضمـن ما أتلفت ما لم تتحـول عن جهة إرساله يمنة أو يسـرة؛ لأن إرسالها بلا حافظ سبب للإتلاف وهو فيه متعد.

وإن انفلتت فلا ضمان عليـه فى الوجوه كلها، وإن كان صاحبها مـعها ضمن ما أتلفت إن كان صاحبها راكباً أو سائقاً أو قائداً إلا نفحة الرِّجل أو الذنب؛ لأنه مباشر أو متـسبب متعـد وإنما لم يضمن نفحـة الرِّجل وضرب الذنب؛ لعدم تمكنه من منعـها من ذلك[1].

وذهب الطحاوى من الحنفـية أن على صاحبـها ضمان ما أتلفـت ليلاً أو نهاراً إذا كان معها صاحبها وإلا فلا ضمان.

وتقضى المادة ١٧٦ مـدنى مصرى أن على حـارس الحيوان وإن لـم يكن مالكاً له مسئولية ما يترتب على فعله من ضـرر ولا يحول دون مسئوليته أن يكون قد ضل منه أو تسرب إلا إذا أثبت الحـارس أن الحادث الذى سـبب الضرر كان بسـبب أجنبى لا يد له فيه.

وحارس الحيـوان هو من بيده زمامه. وإن كان مسـتعيراً أو وديعاً أو مسـتأجراً أو سارقاً - وإذا انتقل إلى التابع كالخادم كان الحارس المالك.

والذعر من الحـيوان يعد فـعلا له، وإذا حدث باشـتراك الإنسان كـحيوان يركـبه شخص نسب إلى الحيـوان وحده وأساسها خطأ مـفترض - والشريعة لا تقـر مبدأ الخطأ المفترض كما قدمنا، ولا يسأل أى شخص عن جريمة ليست فعلا له فى الشريعة.

وذهب المالكية والشافـعية والحنابلة إلى الضمان ليلاً وعـدم الضمان فى النهار إذا لم يكن معها صاحبـها، وإذا كانت معروفة بالإفساد فالضمان مطلقاً. واشـترط الشافعية تفريط صاحبها لوجوب التضمين.

---

(١) ملخصا العناية والهداية جـ٨ ص٣٤٥ والإفصاح ص٧٣٥.

وذهب بعض الفقهاء إلى الضمان ليلاً أو نهاراً ومنهم الليث بن سعد وسحنون، وذهب أهل الظاهر إلى أنه لا ضمان فى كل حال إلا أن يَحْملها على الفعل الضار من هو معها. وروى عن عمر أنه قال: لا يضمن ما لا يقدر على حفظه ويضمن ما يمكنه حفظه.

وخلاصة هذه الأقوال أنه يجب ضمان ما تتلفه إذا كان من مالكها تقصير فى حفظها؛ حيث يجب عليه حفظها.

وتدل الروايات السابقة على وجوبه إذا حدث أثناء الليل، أما فى النهار فالحكم كذلك إذا كانت مقودة أو مركوبة؛ إذ إنها فى رعاية صاحبها ومراقبته عندئذ فكان عليه حفظها، فإذا أتلفت كان ذلك نتيجة تقصير صاحبها فيضمن. وعلى ذلك فلا ضمان إذا لم يكن عليها يد لأحد، وكان ذلك محل اختلاف أنظار الفقهاء وتقديرهم على ما أسلفنا.

وكذلك اختلفوا فيما أتلفت الدابة برجلها وصاحبها عليها راكب؛ فذهب أبو حنيفة إلى أن صاحبها يضمن ما أتلفت بيدها أو فمها - أما ما أتلفته برجلها فى هذه الحال فإن كان بوطئها ضمن الراكب قولا واحداً؛ لأنه يعد مباشراً. وأما إذا كان بغير وطء كنفح بالرجل فإن كان ذلك فى موضع مأذون لراكبها بسلوكه أو بدخوله لم يضمن وإلا ضمن لتعديه بوجوده بها فى هذا المكان، ومن المأذون فيه المشى فى الطريق والوقوف فى الملك وفى الفلاة وسوق الدابة وذلك بخلاف الوقوف بها فى الطريق أو الدخول بها فى ملك إنسان بدون إذنه ففى هذه الأحوال يجب الضمان بنفح الرجل.

وقال مالك: يدها ورجلها وفمها سواء فلا ضمان فى شىء من ذلك إذا لم يكن من جهة راكبها أو قائدها أو سائقها ما أدى إلى ذلك التلف من همز أو ضرب.

وقال الشافعى: يضمن ما جنت بيدها ورجلها وفمها وذنبها جميعاً سواء أكان ذلك بسبب من راكبها أم لم يكن والراكب والسائق سواء.

وقال أحمد: ما أتلفته برجلها وصاحبها عليها فلا ضمان فيه وما جنته بيدها أو فمها ففيه الضمان.

وقد اختلف الفقهاء فى إيجاب الضمان عند عدم التقصير فمنهم من رأى أن المنفلتة حيث يكون الانفلات عادة لا ضمان على صاحبها فى هذه الحال؛ لعدم تقصيره، وهو مذهب كثير من الفقهاء ومنهم الحنابلة والحنفية وهذا ظاهر.

ومنهم من أطلق وجوب الضمان، ومنهم من أطلق عدم وجوب الضمان وهى المحجوزة بفعل أربابها فى الحظائر ففى إتلافها الضمان على رأى كثير من الفقهاء لتقصير أصحابها.

ومنهم من رأى عدم الضمان(١).

وجملة القول أن هذا الاختلاف نتيجة لاختلاف الأنظار فى ثبوت التقصير، فمن رأى أن ما حدث كان نتيجة تقصير ذهب إلى التضمين، ومن رأى أنه ليس نتيجة تقصير ذهب إلى عدم التضمين.

فيما يحدثه الحيوان فى الطريق وما يحدثه فى الزرع من ضرر

تؤسس أحكام هذا النوع على أن حق المرور فى الطريق حق مشترك فلكل فرد أن يمر فيه، غير أنه قيد بالسلامة نتيجة للاشتراك فيه حتى لا يلحق أحداً ضرر من جراء استعماله.

وهو قيد فيما يمكن الاحتراز عنه، أما فيما لا يمكن الاحتراز عنه فيراعى لكل حادثة ظروفها؛ لأن تقييد المرور فيه مطلقاً يؤدى إلى الضرر بالتضييق فى الانتفاع على حين جاء التقييد لمنع الضرر.

ويلاحظ أن عنصر التسبب فى حوادث الطريق أشد وضوحاً من ناحية أن الحيوان عند استعماله يكون مقوداً أو مسوقاً وذلك ما أدى بطريق التسبب إلى جنايته، إذ لو لم يسق ويدفع إلى هذه الوجهة ما حدثت تلك الجناية، غير أن الفقهاء قد اعتبروا أن ما يحدثه الحيوان من ضرر فى بعض الظروف يعد من حالات المباشرة بالنسبة إلى صاحبه أو حارسه إذا كان راكبا إياه، فقد عدوا ما يحدث من فعل الحيوان فى هذه الحال من قبيل الضرر المباشر الذى لا يشترط فى الإلزام بالضمان فيه التعدى؛ ولذا كان الضمان فى غير حال الركوب مشروطاً بالتقصير أو بالتعدى. أما فى حال الركوب فلم يشترط فيه

---

(١) نيل الأوطار للشوكانى جـ٥ ص٢٧٦، والنووى على مسلم جـ١١ ص٣٢٥، وعمدة القارى جـ٩ ص١٠٢، والبدائع جـ٧ ص٢٧٣، والإفصاح ٢٧٥، ٣٧٦.

ذلك فعلى الراكب ضمان ما يحدث سواء أكان ذلك فى ملكه أم فى ملك غيره، ولو كان الوجود فيه بإذنه أم حدث فى طريق العامة وإن لم يتعد؛ ولهذا قال الكاسانى: إن راكب الدابة يضمن ما تطؤه برجلها أو يدها ولو كان ذلك عن خطأ؛ لحصوله على سبيل المباشرة لأن ثقل الراكب على الدابة. والدابة آلة له فكان الإتلاف الحاصل بتلفها مضافاً إلى الراكب.

والراكب والرديف سواء، خلافاً للشافعية إذ لم يسووا بين الرديف والراكب.

وإنما يضاف الضرر إلى الراكب إذا لم يكن من غيره ما يحملها على العدو والجرى كنخس أو ضرب.

ولا فرق فى ضرر يمس الناس فى أموالهم وأنفسهم غير أنه لا يعنينا فى هذا المقام إلا ما يمس الناس فى أموالهم. والمراد بالتعدى هنا مجاوزة الحق بحسب عرف الناس وعادتهم مما يطلب الاقتصار عليه شرعاً. فإذا لم تحدث مجاوز فلا ضمان.

وعلى ذلك لا يضمن مالك الدابة ما تتلفه وهى فى حظيرتها، إذ لا اعتداء فى تركها فى حظيرتها. وفعلها حينئذ جبار. ومن ذلك ما لو وقفها أو تركها فى موقف أعد لوقوف الدواب بإذن الإمام، أما لو وقفها فى محل لم يعد لذلك كالطريق فعليه ضمان ما تتلفه؛ ولذا لو تصادمت دابتان فى مكان أعد لوقوف الدواب فأتلفت إحداهما الأخرى فلا ضمان. كما لو كانتا فى سوق الدواب المخصص لعرض الدواب وبيعها[1]. ومثال ما لو أتلفت شيئًا بسبب أن صاحبها وقفها فى ملك غيره مع طول رسلها فتجول فتتلف شيئًا فإنه يضمن فى هذه الحال ما أتلفته لوجود شرط الضمان بالتسبب وهو التعدى بربطها فى غير ملكه.

وإذا اجتمعت المباشرة والتسبب قدمت المباشرة فى إضافة التلف إليها وذلك كما لو ربَط شخص بعيراً فى قطار من الإبل دون علم من القائد فأتلف المربوط مالا بوطئه فالضمان على القائد لمباشرته التلف بالقود لاتصاله بالتلف، ولكن له الرجوع على الرابط، لأنه هو الذى أوقعه فى هذه العهدة[2].

---

(١) جامع الفصولين جـ٢ ص٨٦ وما بعدها.

(٢) الهداية جـ٤ ص١٤٨.

وقد جاء فى جامع الفصولين لو قتل سنور حمامة فلا ضمان على صاحبه، لأنه ليس بمباشر ولا بمتسبب، وقيد الشافعية هذا بما إذا لم يكن السنور عاديا؛ لأن حيازته تعد تسبباً فى الإتلاف وتركه دون ربط يعد اعتداء مع العلم بحاله، وإذا جمحت به فرسه فلم يقدر على ردها فأتلفت مالا لم يضمن، ذهب إلى ذلك الحنفية، وعللوا ذلك بأنه فى هذه الحال لا يعد مسيراً لها لعجزه عن ردها ووقفها. وهذا بخلاف ما إذا كان هو الذى دفع فرسه إلى ذلك أو قصد الإضرار بمال فإنه يضمن كما أفاد ذلك صاحب جامع الفصولين(١). وقد نصوا على أنه لو ضرب شخص دابة عليها راكب أو نخسها بدون إذن فنفحت من فورها أو ضربت بيدها فأتلفت مالا فإنه يضمن تبعة فعله هذا لا الراكب. وعلل السرخى ذلك بأن ضربه أو نخسه جناية فما تولد عنه كان مضموناً عليه وإنما كان ذلك جناية؛ لأنه صدر منه عن قصد ولم يحذر ما ينجم عنه، وإذا كان الناخس لا يقصد حتماً إلى إتلاف مال وإنما كان يقصد الإسراع بالدابة. وهذا أمر مباح - ولكن تولد عنه محظور عن قلة احتراز واحتراس حيث ترك العزيمة والمبالغة فى التثبت حال النخس فإنه يضمن ألا ترى أنهم نصوا على أن الراعى لو قاد الغنم قريباً من الزرع بحيث لو شاءت تناولت منه فأتلفت منه شيئًا ضمن الراعى ما أتلفه(٢).

والراكب ضامن لما تطؤه الدابة بيدها ورجلها، أو تصدمه أو تكدمه بفمها أو تخبطه بيدها لإمكان الاحتراز عند الحنفية، ولكنه لا يضمن النفحة برجلها أو ذنبها وهى سائرة، لعدم إمكان الاحتراز عنه ومثله السائق والقائد، فما يضمن فيه الراكب يضمن فيه السائق والقائد وما لا فلا؛ لأنهما متسببان لمباشرتهما شرط التلف وهو تقريب الدابة إلى الجناية، وذهب داود إلى عدم الضمان فى هذه الحال، وذهب الشافعى ومالك إلى الضمان مطلقاً بلا تفصيل بين أطراف الدابة وأعضائها وهى رواية عن أحمد. وقد تقدم ذكر ذلك فيما سبق.

ومن أحوال التقصير الموجب للتضمين ما نص عليه الحنفية من أنه لو رأى دابته تأكل حنطة غيره فلم يمنعها ففى ضمانه ما أكلت اختلاف المشايخ، والصحيح أنه يضمن(٣).

---

(١) جـ٢ ص٨٥.

(٢) الهداية جـ٦ ص١١٨ وجامع الفصولين جـ٢ ص٨٦.

(٣) جامع الفصولين جـ٢ ص٨٧.

وإذا أرسل حيوانه فلم يقيده فأتلف مالا لم يضمن ما أصابه من فوره؛ لعدم تعديه فى إرساله ولأنه لا يمكن متابعته وهذا إذا كان طيراً ومثله الكلب، أما لو كان دابة فإنه يضمن ما أصابته فى فور إرسالها ساقها أم لا؛ لأنه متعد بإرسالها فى الطريق ويمكنه اتباعها، وروى عن أبى يوسف أنه أوجب الضمان فى هذا كله صيانة لأموال الناس[١] وبه أخذ المشايخ وعليه الفتوى.

وإذا كان الحيوان خطراً كالكبش النطوح والكلب العقور والجمل العضوض فقد اختلفت أنظار الفقهاء فى شرط تضمين ما يتلفه، فالحنفية لا يوجهون الضمان إلا عند التوجيه، أو إذا ما تقدم أحد إلى أصحابها طالباً دفع أذاها.

وسئل بعض المالكية عن النحل يتخذها الرجل وهى تضر بشجر الناس إذا أزه فقال: أرى أن يمنع من اتخاذ ما يضر الناس فى زرعهم وشجرهم. وعن أشهب النحل والحمام والدجاج والأوز كالماشية لا يمنع من اتخاذها وإن أضرت وعلى أهل القرية حفظ زرعهم وشجرهم، وإليه ذهب ابن القاسم[٢].

وذهب الشافعية إلى التضمين مطلقا فى هذه المسائل، وهى رواية عن مالك؛ ولذا ضمنوا من أطلق كلباً عقوراً أو دابة ضارية على الناس فى طرقاتهم، إذ يعد عدم حبسها تقصيراً يقتضى التضمين.

المسئول عن جناية الحيوان:

والمسئول عن جناية الحيوان فى الشريعة هو ذو اليد عليه المتسبب فى الإتلاف مالكاً كان أم مستعيراً أم مستأجراً أم غاصباً، فقد ذكروا أن من ألقى حية فى الطريق أو قشر فاكهة فتسبب عن ذلك تلف كان هو الضامن، وأنه إذا وجد دابة لغيره فى زرعه فحمل عليها فأسرعت هاربة فأتلفت مالا ضمن ما أتلفته من مال إثر هربها، أما إذا أخرجها واقتصر على ذلك فأتلفت شيئًا لم يضمنه. ومثل ذلك ما لو أرسلها فمالت عن الوجهة التى وجهها إليها فأصابت بعد ذلك مالا فأتلفته لم يضمن عند الإمام خلافاً لمحمد، ولكن إذا كانت البهيمة فى يد الراعى فأتلفت زرعاً وهى فى يده ضمن هو دون المالك، وأنه إذا استعار شخص بهيمة فأتلف مالاً وهى فى يده ضمن ما أتلفته سواء

---

(١) المبسوط جـ٢٧ ص٢ ورد المختار جـ٥ ص٥٩٧ والهداية جـ٤ ص١٤٨.

(٢) التبصرة جـ٢ ص٢٥٣ والدر المختار جـ٥ ص٦٠١.

أكان ما أتلفته لمالكها أو لغيره؛ لأن الضمان منوط باليد المتسببة، ويقول الثورى: إن الضمان يجب فى مال الذى هو معها مالكاً أو مستأجراً أو مستعيراً أو غاصباً أو وديعاً أو وكيلاً أو غيرهم. ويقول الشرقاوى: إنه لا يتعلق برقبتها بل بمال ذى اليد عليها(١).

وإذا تعدد واضعو اليد على الحيوان كراكب ورديف أو راكب وسائق أو راكب وقائد فالضمان عليهم متى كانوا مستوين فى ذلك(٢)؛ ذلك لأن كل واحد يضمن عند انفراده فإذا كان مع غيره يضمن معه.

ضمان ما تلف بسقوط المبانى

لم تشرع الحقوق للإضرار بالناس وإنما شرعت لمصالح تتحقق بها أو تؤدى إليها؛ ولذا كانت لكل حق شرعيته ما دام غير مؤد إلى ضرر بغير صاحبه، فإذا أدى إلى ضرر أحد من الناس سلبت عنه شرعيته وأصبح التمسك به والتصرف بمقتضاه اعتداء، وعلى هذا الأساس أسس ضمان ما يتلف بسبب سقوط المبانى فليس من حق إنسان أن يقيم مبنى واهياً آيلاً للسقوط بسبب ميله إلى الطريق أو ميله إلى ملك لغيره فإن فى سقوطه إضراراً بالمارة أو بالجار.

وإقامة بناء على هذا الوضع يعد اعتداء سواء أكان ذلك الميل فيه كله أم كان فى جزء من أجزائه كالميازيب والأجنحة والشرفات وما يشبه ذلك مما لا يكون له حق إحداثه على الطريق إلا بإذن من ولى الأمر أو إحداثه على ملك غيره إلا بإذن من المالك. وتتحقق المسئولية فى هذه الحال - حال الإنشاء - بمجرد السقوط وحدوث التلف به دون حاجة إلى إعذار للمالك أو إشهاد عليه.

والمسئول فى هذه الحال مالك البناء وناظر الوقف إن كان البناء وقفاً وولى اليتيم إن كان ليتيم والقيم على ضعيف الأهلية إن كان لضعيف أهلية دون المستأجر والمستعير؛ لعدم ولايتهم فى النقض والإزالة.

وفى حكم ما تقدم علو البناء بالنسبة إلى سفله إذا كان العلو لمالك والسفل لآخر.

---

(١) جامع الفصولين جـ٢ ص٨٦ والشرح الكبير جـ٥ ص٤٥٥ والنووى شرح مسلم جـ١١ ص٢٢٥ والشرقاوى على التحرير جـ٢ ص٤٥٩.

(٢) البدائع جـ٧ ص٢٨٠.

وقد نص الحنابلة على أنه لو بنى إنسان فى ملكه حائطًا مائلاً إلى الطريق العام أو إلى ملك غيره فسقط على شىء فأتلفه ضمنه؛ لأنه متعد بذلك فالبناء فى هواء الشارع أو فى هواء ملك غيره أو فى هواء مشترك يعد تعدياً ولا خلاف بين الفقهاء فى ذلك(١).

وأما إذا أقيم البناء سليماً ثم طرأ عليه التصدع والخلل بعوامل طبيعية فأصبح معرضاً للسقوط فى الطريق أو فى منزل الجار فقد اختلفت أنظار الفقهاء، فمنهم من اشترط لتضمين صاحبه ما يتلف بسقوطه الإعذار إلى المالك والإشهاد عليه، وذلك ما روى عن شريح والنخعى والشعبى، وهو مذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية وهو المختار عند الحنابلة، فإذا أعذر صاحبه وطولب بالنقض أو الإصلاح وأشهد عليه فلم يفعل ثم سقط البناء فتلف بسقوطه مال لغير مالك البناء ألزم بضمانه.

ويجب أن يكون ذلك قبل سقوطه بمدة يقدر فيها على النقض أو الإصلاح ثم لم يفعل.

ويرى الحنفية أن الإشهاد إنما هو للاحتياط وإثبات الإعذار عند إنكاره وهذا استحسان أساسه ما قدمنا، والقياس عدم الضمان لسقوطه إذا ما سقط بغير صنع أحد. وبالقياس أخذ بعض الفقهاء ومنهم فريق من الحنابلة، لعدم التعدى فى بنائه على هذا الوضع.

ويشترط أن يكون الإعذار ممن له حق ومصلحة فى طلب النقض والإصلاح. فإذا كان ميل البناء إلى الطريق جاز الإعذار من كل مكلف له حق المرور فى الطريق ولو ذميا، وإذا كان إلى ملك الغير كان الإعذار من حق من مَالَ البناء إلى ملكه. ويجب كما قدمنا أن يكون قبل السقوط بمدة يستطاع فيها النقض أو الإصلاح، وأن يكون إلى من يملك النقض أو الإصلاح كالمالك وأبى الصغير والوصى على اليتيم وأحد الورثة فى نصيبه، فأما إن كان لمن لا يمكنه النقض أو لا يمكنه النقض وحده يرفع الأمر إلى القاضى كالمرتهن والمستأجر والمستعير وساكن الدار. وتعتبر القدرة من وقت الإشهاد إلى وقت سقوط البناء، فلو زالت فيما بين ذلك بطل الإعذار - وإذا بنى الحائط مائلا ابتداء أو واهياً ضمن صاحبه ما يتلف بسقوطه من غير إعذار لتعديه بالبناء على هذا الوضع.

---

(١) البدائع جـ ص٢٨٣، والدر المختار جـ٥ ص٥٩٨-٥٩٠، والمبسوط جـ٢٧، ص٩-١٢، والهداية جـ٤ ص٤٤٤، والدر جـ٢ ص١١١، وشرح التحرير لزكريا الأنصارى جـ٢ ص٤٦٠، والمغنى جـ٩ ص٥٧١.

وذهب الشافعى إلى عدم التضمين مطلقاً فى الحالين؛ لأن الميل أو التصدع لم يحدث بفعل مالك البناء ولا بالقائم عليه.

وذهب بعض الحنابلة إلى التضمين مطلقا وهو قول ابن أبى ليلى وأبى ثور وإسحق، سواء حدث إعذار أم لا؛ لأن مالك البناء بتركه على هذه الحال التى أصبح فيها معرضاً للسقوط والإضرار بالناس؛ يعد متعديا متسببا فى الضرر بتركه البناء على حاله[1] والله الموفق للصواب.

(١) الزيلعى جـ٦ ص١٤٧ والمبسوط جـ٢٧ ص٩-١٣ والهداية جـ٤ ص٤٤٤ والدر المختار جـ٥ ص٥٨٩-٥٩١ والتحرير لزكريا الأنصارى جـ٢ ص٤٦٠ والمغنى جـ٩ ص٥٧١ وما بعدها. وتكملة البحر جـ٨ ص٤٠٣ والشرقاوى على التحرير جـ٣ ص٤٥٩ وكشاف القناع جـ٢ ص٣٦٩.

القسم الثانى

الكفالة - الديات
دراسة مقارنة

الكفـالة

الكفالة اسم يدل على الضـمان، تقول: كـفلت بالمال وبالنفس كفلا وكـفولا من باب قتل، ووردت كذلك مـن باب ضرب وكرم والاسم الكفالة، وتقـول: كفلت فلانا وكفلت به وكفلت عنه - إذا تحملت المال عنه - وتقول: كفلته كذا وأكفلته كذا إذاجعلته كفيلا به - وتقـول: تكفلت بالمال إذا التزمت به أو تحملت به - وتقول: كفلـت الصغير إذا عُلْته وضممته من باب قتل - وتقول كفلته الصـغير إذا ضممته إليه. وهو كفيل بالمال وهى كفيل به للرجل والمرأة على السواء، وقـال ابن الأعرابى: يقال فى ذلك كافل أيضا مثل ضـمين وضامن. وفرق الليث بينهـما فقال: ضـامن المال كفيل، والعـائل كافل - المصباح، والأساس، والقاموس.

ومثل الكفالة فى دلالتها على الضمان الزعامـة، وبابها قتل ونفع والقَبالة كسحابة وبابها ضرب وقتل وسمع، والحِمالة ككتابه وبابها ضرب، فيقال هو زعيم بالمال وقبيل به وحميل به - وكـذلك يقال: هو صبير بالمال بمعنى أنه ضمين به. قـال الماوردى: غير أن العـرف خـصص الحمـيل بالدية والزعـيم بالمال الـعظيم والكفـيـل بالنفس، والضـامن والضمين بالدين مطلقا، أما القبيل والصبير فيعم الكل[١].

وقد شاع عند كثير من الفـقهاء كالشافعية والحنابلة والشيعة اسـتعمال الضمان فى ضمـان الدين، والكفـالة فى كفـالة النفس ولم يشع هذا عند الحنفـية، ويسـمى الدائن بالمكفول له والمدين بالمكفول عنه والدين بالمكفول به أو المكفول.

تعريفها شرعا

الكفالة نوعان كـفالة بالمال، وكفالة بالنفس وتسـمى الأخيرة كفالة البـدن وكفالة الوجه والمراد منها - التزام إحضار الخصم أو الدلالة على مكانه، ومن الفقهاء من أضاف إلى النوعين السابقين نوعا ثالثا سماه الكفالة بالفعل وَمَثَّل له بكفالة تسليم الأعيان، لكننا

(١) نهاية المحتاج جـ٤ ص٤١٨.

نرى أنها مندرجة فى كـفالة المال لأن العين المكفول تسليمهـا مال وسنبين الكفالة بالنفس بعد بيان الكفالة بالمال.

الكفالة بالمال:

عمد الفقهـاء إلى تعريفها بناء على حكمها وهو الأثر المترتب عليـها فاختلفوا فى تعريفها بسبب اختلافهم فى حكمها.

١- فعرفها المالكية بأنها شغل ذمة أخرى بالحق مع بقائه شاغلا للذمة الأولى.

٢- وعرفوها أيضـا بأنها التزام مكلف غير سـفيه دينا على غيره مع بقـائه شاغلا لذمته - شرح الدردير.

٣- وعرفها الحنابـلة بأنها التزام من هو أهل للتبرع ما وجب على غـيره مع بقائه فى ذمته «كشاف القناع».

٤- وعرفها الزيدية بأنها ضم ذمة إلى أخرى فى الدين «البحر الزخار».

وهذه التعريفـات الأربعة متحدة المعنى وجـميعها مـبنى على أساس واحد هو أن حكم الكفالة - أى الأثر المترتب عليـها - عند أصحاب هذه التعاريف هـو انضمام ذمة الكفيل إلى ذمـة المدين الأصلى فى الدين، بمعنى أنها تصبـح مشغولة به أيضـا مع بقاء شغل الذمة الأولى به، ويترتب على ذلك صحة توجيه المطالبة بالأداء إليه كما توجه إلى المدين الأصلى على تفصيل سنبينه فيما يأتى:

٥- وعرفهـا أهل الظاهر بأنها نقل الدين من ذمة إلى أخـرى وإليه ذهب ابن أبى ليلى وعبد الله بن شبرمة وأبو ثور[١].

٦- وعرفها الشيـعة الجعفرية بأنها عقد شرع لنـقل الدين من ذمة إلى أخرى غير مشغولة بمثله[٢]، ويلاحظ أن الشيعـة الجعفرية يخـصون هذا العقد باسم الضـمان، أما اسم الكفالة فيطلقونه على الكفالة بالنفس.

والذمة عند غـير المالكية وصف شرعى تثـبت به الأهلية لوجوب الحقـوق وتحمل الواجبات، أما عند المالكيـة فهى وصف شرعى تثبت به الأهلية لتحـمل الواجبات، أما

---

(١) للحلى جـ٨ ص١١٠ و ١١١.

(٢) المختصر النافع جـ١ ص١٤٢، تحرير الأحكام جـ١ ص٢٢٢.

الدين فهو وصف شرعى يظهر أثره فى المطالبة بمقتضاه، كما عرفه الغزالى. أو هو مال حكمى فى الذمة. كما عرفه الزاهدى.

ومن هذا يرى أن أهل الظاهر والشيعة الجعفرية متفقون على أن ضمان الدين يترتب عليه نقله من ذمة المدين الأصلى إلى ذمة الضامن وصيرورة المدين الأصلى بريئا منه. قال ابن حزم فى كتابه[1] أنه يترتب على ضمان الحق سقوطه عمن كان عليه وانتقاله إلى ذمة الضامن حتى لا يجوز للمضمون له أن يرجع على المضمون عنه ولا على ورثته أبدا بشىء من ذلك الحق - وَصَلَه ذلك الحق من الضامن فانتصف منه أم لم ينتصف منه. وفى تحرير الأحكام للشيعة: أن المدين الأصلى يبرأ بالضمان ولا يجوز للمضمون له مطالبته.

والفريقان يشترطان فى الضمان أن يكون الضامن غير مدين لمن ضمنه؛ وذلك لأن الضمان تبرع من الضامن بالتزام الدين وأدائه بدون عوض بتقبله نظير ذلك، كما يشترطون فى الحوالة أن يكون المحال عليه مدينا للمحيل بمثل ما أحال به عليه حتى تكون هناك معاوضة بين الدينين: ما للمحيل قبل المحال عليه وما للمحال قبل المحيل فيسقط أحدهما بالآخر - وهذا ما يظهر من بيان الفريقين لمعنى الضمان والحوالة فى كتابى «تحرير الأحكام والمحلى» لابن حزم. وعلى ذلك فنقل الدين من ذمة مشغولة به إلى ذمة أخرى غير مشغولة بما يعد عوضا عنه كفالة.

وعلى ذلك يتضح الفرق بين الكفالة والحوالة عند من يرى أن الكفالة ينتقل بها الدين إلى ذمة الكفيل وتبرأ بها ذمة المكفول عنه.

٧- أما الحنفية فقد اختلفوا فى تعريفها. فمنهم من يعرفها بأنها ضم ذمة إلى ذمة فى الدين فيوافقون الجمهور فى تعريفها بذلك، ومنهم من يعرفها بأنها ضم ذمة إلى ذمة فى المطالبة فقط لا فى الدين. وهذا رأى انفرد به فريق من الحنفية. وقد ذكر الرأيين السرخسى فى مبسوطه، وصرح كما صرح غيره بأن أصح الرأيين هو القول الثانى.

ومن هذا يتبين أن الفقهاء فى بيانهم لمعنى الكفالة قد اختلفوا فى أمرين:

أحدهما اختلافهم فى أنها ضم ذمة إلى أخرى أو أنها نقل للدين من ذمة إلى أخرى.

---

(١) المحلى جـ٨ ص١١.

وثانيهما اختلافهم فى بيان موضـوع الضم على القول بأنها ضم ذمة إلى أخرى، أهى ضم ذمة إلى أخرى فى الدين أم ضم ذمة إلى أخرى فى المطالبة به فقط لا فى نفس الدين.

فأمـا الأمر الأول فـإن الذين ذهبوا إلى أنهـا تنقل الدين من ذمة المديـن إلى ذمة الكفيل فـيبـرأ بها الأصيل، وهـم أهل الظاهر والشيعـة الجعـفرية ومن ذهب مـذهبهم مسـتندهم فى ذلك ما روى عن سلمـة بن الأكوع قال: كنا عند النبـى ﷺ فأتى بجنازة فقالوا: يا رسول الله صل عليها. قال: هل ترك شيئا؟ قالوا: لا. فقال: هل عليه دين؟ قالوا: ثلاثة دنانير. قال: صلوا على صاحبكم. فقال أبو قتادة: صل عليه يا رسول الله وعليّ دينه. فصلى عليه. رواه أحمد والبخارى والنسائي، وفى رواية للنسائى وابن ماجه أن أبا قتادة قال: أنا أتكفل به[١].

فقـد دل هذا الحديث علـى أن رسول الله ﷺ امـتنع أن يصلى على المدين الذى توفى ولم يترك وفـاء له، والظاهر أن سبب ذلك هو شـغل ذمته بالدين مع عـدم وجود وفاء له. وأنه ﷺ صلـى عليه بعد أن كـفله أبو قتـادة. وذلك دليل اختـلاف الحالين - وليس بينهما اختلاف كما يظهر إلا بكفالة هذا الدين، وإذا لم يترتب على الكفالة براءته من الدين وصلاة الرسول ﷺ عـليه بسبب براءة ذمته منه لم يـكن بين الحالين فرق ولم يظهرلامتناع الرسول ﷺ أن يصلى عليه قبل الكفالة ثم صلاته عليه بعد الكفالة سبب - ويدل على ذلك أيضا ما جاء فى بعـض الروايات من قول أبى قتادة: الديناران[٢] على. وأن النبى ﷺ قد أجـابه عند ذلك بقوله: «قد أوفى اللـه حق الغريم وبرئ منه الميت»، فقال أبو قتادة: نعم، فإن ذلك صريح فى براءة ذمة المدين بكفالة الدين عنه.

أما الذين ذهبوا إلى خلاف ذلك، وأنها ضم ذمة إلى أخرى فهم فريقان: الجمهور وهم يرون أنها ضم ذمة إلى ذمة فى الدين، ويتبع ذلك توجـه المطالبة إلى الكفيل، كما هى موجـهة إلى الأصـيل. وفريق من الحنفـية ذهبـوا إلى أنها ضم ذمـة إلى أخرى فى المطالبة فقط لا فى الدين وسندهم جميعا فى أنها للضم لا للنقل ما يأتى:

---

(١) راجع المحلى جـ٨ ص١٠٨ من كتاب الحوالة ومن ١١١ من كتاب الكفالة.

(٢) يلاحظ أنه روى عن جابر مثل ذلك، وفى رواية أخرى أن الدين ديناران، وقد روى هذه الرواية أحمد وأبو داود والنسائى، ولعلها فى حادثة أخرى فيكون لأبى قتادة فى الكفالة عن الميت حادثتان كما روى عن أبى سعيد الخدرى حادثة مثل هذه، كان الضامن فيها عليا رضى الله عنه ورواها الدارقطنى والبيهقى.

روى عن جابر قال: توفى رجل فغسلناه وحنطناه وكفناه ثم أتينا به النبى ﷺ فقلنا: تصلى عليه فخطا خطوة ثم قال: أعليه دين؟ قلنا: ديناران. فانصرف فتحملهما أبو قتادة فأتيناه فقال أبو قتادة: الديناران علىّ فقال النبى ﷺ: «قد أوفى الله حق الغريم وبرئ منه الميت» قال: نعم فصلى عليه ثم قال بعد ذلك بيوم: ما فعل الديناران، قال أبو قتادة: إنما مات أمس - قال فعاد إليه من الغد فقال: قد قضيتهما فقال النبى ﷺ: «الآن بردت عليه جلدته»، رواه أحمد. فقد جاء فى الحديث أنه ﷺ قال بعد الوفاء: «الآن بردت عليه جلدته». فكان ذلك دليلا على عدم براءة ذمته قبل الوفاء. وإذن فمعنى قوله ﷺ أولا فى هذا الحديث «قد أوفى الله حق الغريم وبرئ منه الميت» - وقد صدر من رسول الله ﷺ قبل الوفاء كما يدل عليه ما جاء فى الحديث بعد هذه العبارة - أن هذا الدين قد صار بكفالته قريب الوفاء حتى كأنه قد وفى وبرئ منه المدين كما فى قوله تعالى ﴿أَتَىٰ أَمْرُ اللَّهِ فَلَا تَسْتَعْجِلُوهُ ... ①﴾ [النحل]. أما امتناعه ﷺ من الصلاة قبل الكفالة وصلاته بعدها فلا يدل على براءة ذمته بالكفالة وإنما امتنع أولا بسبب أنه توفى ولم يترك وفاء وكان عليه أن يسعى فى وفاء دينه قبل وفاته تجنبا لذلك وبعدا عن الإضرار بالدائن فلما وجدت الوسيلة إلى الوفاء بالكفالة وانتفى بسببها الضرر بالدائن؛ صلى عليه، ومؤدى ذلك أن الرسول ﷺ أراد أن يحض المدينين على عدم الإضرار بالدائنين بعد أن أحسنوا بإدانتهم إياهم حين كانوا فى حاجة إلى المال.

ومن هذا يتبين أن الكفالة إنما تضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل، وليس يبرأ بها المدين وأن الكفيل يصبح بسببها مطالبا بالدين. ومطالبته بالدين دليل على شغل ذمته؛ لأن الدين كما تقدم وصف شرعى يظهر أثره فى المطالبة بما يقتضيه فكانت مطالبة الكفيل بالدين واستيفاؤه من أمواله مظهر شغل ذمته - وإلى هذا ذهب المالكية والشافعية والحنابلة والزيدية. ولكن الحنفية كانوا فى ذلك فريقين: فريقا رأى رأي الجمهور وفريقا رأى أنها ضم ذمة إلى ذمة فى المطالبة فقط. وأيد الفريق الأول رأيه بأمرين: الأول أنه قد نقل عن الإمام وصاحبيه صحة هبة الدين من الكفيل، وعندئذ يرجع به على الأصيل إذا كانت الكفالة بأمره وليس يصح هبة الدين لغير المدين. فكانت صحة هبة الدين له دليلا على أنه مدين، كما نقل عنهم كذلك صحة شراء شيء من الكفيل بما كفل به من الديون، وذلك ما يعنى تمليك الدين له. ولا يجوز تمليك الدين إلا لمن عليه الدين. الثانى أنه لو كانت الكفالة ضما لذمة إلى أخرى فى المطالبة فقط كما يرى الفريق الآخر لسقطت الكفالة بموت الكفيل لعدم صلاحيته للمطالبة بعد الوفاة، ولم يؤخذ الدين من

تركتـه، كما فى الكفالة بالنفس ولكـنها لا تسقط بالموت، وإذا مات الكفـيل أخذ الدين المكفول من تركته، فكان ذلك دليلا على أن ذمته تشمل به.

وأيد الفريق الآخر رأيه أولا: بأن الكفالة معناها الضم، وهى ضم ذمة إلى أخرى للتوثيق، ويكفى فى التوثيق أن يكون الضم فى المطالـبة فقط، وليس يجوز أن يكون فى الدين نفسه، وإلا لكان كل من الأصيل والكفيل مـدينا وتعدد الدين بذلك فيصير للدائن دينان يستوفـيهما من اثنين وهذا غير مـقبول ولا يقول به أحد، وثانيـا: اتفاقهم على أن براءة الكفيل لا ترتد بالرد لأنها إسـقاط للمطالبة وهو إسقاط مـحض، ولو كان الكفيل مدينا لارتدت براءتـه برده كالأصيل لما يكون فـيها من مـعنى التمليك، ويقـول صاحب المبسوط أن هذا القول هو أصح القولين عند الحنفية.

وقد نوقش استدلال هؤلاء جميعا بما يأتى:

مناقشة أهل الظاهر:

نوقش استدلال أهل الظاهر والشيعة الجعفرية بأن امتناعه ﷺ أن يصلى على الميت المدين الذى لم يترك وفاء لدينه أولا ثم صلاته عليه بعد الكفالة بدينه لم يكن لشغل ذمته بالدين أولا ثم براءتهـا منه ثانيا وانتقـاله إلى ذمة الكفيـل. وإنما كان لإرادة حض الناس على أنهم إذا استدانوا وجب عليهم أن يكونوا حريصين علـى الوفاء والمسارعة إليه حتى لا يفاجئهم الموت وليس عندهم وفاء فيتضرر بذلك الغريم الدائن وليس يحسن أن يكون ذلك جزاء تفضله وإحسانه بإعطاء المال وسد الغلة وتفريج الكربة؛ كما حدث لهذا الميت ولكن حين وجد السبـيل إلى وفاء هذا الدين كفالة أبى قتـادة وزوال الضرر بالغريم عند ذلك صلى عليه، وإذن لم تكن صـلاته صلوات الله عليه أخيرا لبراءة ذمـته بالكفالة بل لوجود وسيلة إلى الوفاء وزوال ضرر تسبب فيـه هذا الميت وذلك مع بقاء شغل ذمته بعد الكفالة . . ويدل على ذلـك ما فى الروايات الأخرى من أنه ﷺ قـال بعد أن أوفى أبو قتادة الدين . . «الآن بردت جلدته» ولو برئت ذمتـه بالكفالة لبردت قبل ذلك الوقت - وأما قول أبى قتادة . . الديناران على كمـا جاء فى بعض الروايات فمعناه صارا مطلوبين منى وصرت ملتزما بهما ولا وفاء لهما إلا من ناحيتى لوفاة المدين مفلسا، وأما قوله ﷺ . . «قد أوفى الله دين الغريم وبرئ منه الميت» فالمعنى فيه كما تقدم بيانه أن هذا الدين - ولم يكن هناك سبيل إلى وفائه قبل الكفالة - قد صار بضمانة مطلوبا من الكفيل وأصبح الكفيل ملتزما به على وجه التبرع لا رجوع له به على الميت، وبذلك وجد الدائن السبيل

إلى وفاته بعد اليأس منه فصار كأنه قد استوفاه وكأن الميت قد برئ بذلك كما فى قوله تعالى: ﴿أَتَىٰ أَمْرُ اللَّهِ فَلَا تَسْتَعْجِلُوهُ ... ۝١﴾ [النحل]. وعلى ذلك يرى أن ليس فيما يستدل به هؤلاء ما يقطع بأن الدين ينتقل بضمانه من ذمة المدين إلى ذمة الكفيل.

مناقشة الجمهور:

نوقش قول الجمهور: بأن مطالبة الكفيل بالدين دليل على شغل ذمته - بأنه منقوض بمطالبة وكيل الشراء بثمن ما اشتراه لموكله مع الاتفاق على براءة ذمته منه وشغل ذمة الموكل بالثمن، ومطالبة الولى والوصى بدين من هو تحت ولايتهما مع عدم شغل ذمتهما به فوجدت المطالبة دون الدين كما يوجد الدين بدون المطالبة به عند تأجيله هذا والمطالبة مع أصل الدين مثلها مثل ملك التصرف مع ملك العين، فكما يجوز أن ينفصل ملك التصرف عن ملك العين فى حق الولى والوصى، وملك اليد عن ملك العين فى حق المرتهن، فكذلك يجوز أن ينفصل حق المطالبة عن أصل الدين. وعلى هذا لا تكون مطالبة الكفيل بالدين دليل شغل ذمته به، كما نوقش أيضا استدلالهم بصحة الهبة للكفيل، والشراء منه بالدين المكفول به بأن مبنى ذلك هو اعتبار ذمة الكفيل مشغولة بالدين استحسانا، والحكم بصحة ذلك اعتمادا على توجيه المطالبة إليه غير أن هذا يلزمهم أن يذهبوا هذا المذهب فى الوكيل بالشراء أيضا فهل نقل ذلك عنهم؟.

وقولهم: لو كانت الكفالة ضما فى المطالبة فقط لانتهت بموت الكفيل ولم يؤخذ الدين من تركته، منقوض بالوكيل فى الشراء إذ هو مطالب بالثمن فقط وبهذه المطالبة تشغل ذمته دون أن تشغل بالدين، وإذا توفى لا ينتهى التزامه بل يؤخذ الثمن من تركته مع أنه غير مدين وأخذه من تركته نتيجة التزامه بأدائه.

أما استنادهم إلى القياس على الكفالة بالنفس وانتهائها بموت الكفيل وعدم سقوط الكفالة بالدين بوفاة الكفيل فهو قياس مع الفارق؛ وذلك لأن الكفالة بالدين واستلزامها المطالبة تستتبع حقا فى مال الكفيل فلم تسقط بوفاته، أما الكفالة بالنفس فهى مجرد التزام شخصى بالقيام بعمل فيسقط بموته.

مناقشة رأى فريق من الحنفية:

ونوقش استدلال من ذهب من الحنفية إلى أنها ضم ذمة إلى أخرى فى المطالبة فقط بأنه ليس يلزم من ثبوت الدين فى ذمة الكفيل مع بقائه فى ذمة الأصيل صيرورة دين الدائن دينين يستوفيهما منهما جميعا، بل هو لا يزال دينا واحدا ولكنه يشغل ذمة

كل منهما، والاستيفاء لا يكون إلا من أحدهما فقط، وذلك كما فى الغاصب وغاصب الغاصب إذا تلف المغصوب فى يد غاصب الغاصب، فإن المالك فى هذه الحال لا يستحق إلا قيمة المغصوب يأخذها من أحدهما وهو من يختاره منهما، إما الغاصب، وإما غاصب الغاصب؛ لأن ذمة كل منهما أصبحت مشغولة بها لثبوت سبب الضمان فى حق كل منهما - الغاصب بأخذه المال بدون حق - وغاصب الغاصب بسبب تفويته يد الغاصب التى هى فى حكم يد المالك من وجه، إذ كان عليه أن يحفظ المال ويرده إلى صاحبه، فكان كالوديع بالنسبة للمالك من هذه الناحية إذ غصبت منه الوديعة وهى فى يده، ومع ذلك فإن المالك لا يستوفى القيمة إلا من أحدهما فقط، ولم يلزم من شغل ذمة كل منهما بها أن يكون له قيمتان يستوفيهما من الغاصب وغاصب الغاصب - وإذا استوفى من الغاصب رجع الغاصب بما يضمن على غاصب الغاصب، إذ قد ظهر بذلك أن غاصب الغاصب قد تعدى على ملك الغاصب فغصبه؛ وذلك لاستناد ملك الغاصب عند تضمينه إلى وقت تعديه.

وإن ضمن غاصب الغاصب لم يرجع على الغاصب لأنه إنما ضمن بفعله وتعديه فتحمل تبعة تعديه وليس يرد على ذلك أن يقال كيف يتصور أن يشغل الشىء الواحد محلين فى وقت واحد فيشغل الدين ذمتين فى وقت واحد؛ ذلك لأن ثبوت الدين فى الذمة مجرد اعتبار من الاعتبارات الشرعية الحكمية، ومجرد تعلق لا يتبعه شغل حقيقى، فجاز لذلك أن يعتبر الدين الواحد شاغلا لذمتين فى وقت واحد أى متعلقا بكل منهما، وإنما يمتنع ذلك فى الأعيان فلا يتصور فيها أن تشغل عين مكانين فى زمن واحد - وللآخرين أن يقولوا أن قياس المدين والكفيل على الغاصب وغاصب الغاصب قياس مع الفارق فإن مطالبة كل من المدين والكفيل محلها حق واحد هو حق الدائن - أما مطالبة الغاصب وغاصب الغاصب فليس الأمر فيها كذلك، فإن الواقع أن ذمة الغاصب مشغولة بحق المغصوب منه، وذمة غاصب الغاصب مشغولة فى الواقع بحق للغاصب، وإذا طالبه المالك فإنما يطالبه على أساس هذا الحق، وكأنه احتال بماله لدى الغاصب من دين على غاصب الغاصب، وأما قولهم أن الكفالة للضم وقد شرعت للتوثيق ويكفى فيه أن يكون الضم فى المطالبة فقط فليس بسليم إذ لا يلزم من كفاية الضم فى المطالبة لتحقق التوثيق ألا تكون الكفالة ضما فى الدين أيضا وذلك أقوى فى إفادة التوثيق، ثم إن الاستدلال على جواز انفصال المطالبة عن أصل الدين لا يستوجب تحقق ذلك فعلا فى الكفالة إذ ليس كل جائز واقعا. هذا، والخلاف بين الحنفية فى أنها ضم ذمة إلى أخرى فى الدين أو فى المطالبة لا فى الدين خلاف نظرى لا يترتب عليه أثر عملى فى الأحكام

- وذكر بعضهم أن له أثرا هو صحة تعليق براءة الكفيل على الشرط بناء على القول الأخير لأنها عليها إسقاط محض، وعدم صحتها بناء على القول الأول لما فيها من معنى تمليك الدين بناء عليه.

ومما تقدم يتبين أن ما استدل به هذا الفريق: أصحاب القول الأخير لا ينهض دليلا لهم، كما تبين أيضا أن استدلال الشيعة وأهل الظاهر لم يسلم أيضا لهم لما تبين من أن قوله ﷺ «قد أوفى الله الغريم حقه» ليس مرادا به حقيقته قطعا لما بينا، وأن مذهب الجمهور هو المذهب الذى يقوم عليه الاستدلال وهو المذهب الذى يتسق مع تعريف أبى حنيفة للدين من أنه الأداء الواجب فى الذمة كما سبق بيانه، وإن كان الحنفية قد رجحوا القول الأخير - ولم يذكروا لذلك وجها سليما، ولعل مرادهم من هذا أن تعريف الكفالة على هذا الوضع أجمع لأنواعها بخلاف تعريفها على الوضع الآخر، فإنه لا يشمل إلا الكفالة بالمال، وقد نص على ذلك ابن عابدين فى حاشيته فى أول الكفالة وذكر أن الذى يظهر له هو اتفاقهم على أن الدين يشغل ذمة الكفيل كما يشغل ذمة الأصيل، ذلك لاتفاقهم على صحة الهبة للكفيل والشراء منه وليس يترتب على هذا الرأى أى محظور، وبخاصة إذا لاحظنا أنه متسق مع رأى الإمام فى الدين، وعلى الجملة فإنه لم ينقل عن الإمام وصاحبه رأى صريح فى أنها للضم فى الدين أو فى المطالبة؛ وليس ذلك إلا تخريجا ممن أتى بعدهم مستنبطا من الفروع وقد علمت أصح الاستنباطين.

أما القانون المدنى المصرى فقد عرفها فى المادة ٢٧٢ بقوله: الكفالة عقد بمقتضاه يكفل شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن بأن يفى بهذا الالتزام إذا لم يف به المدين نفسه، وليس من شك فى أن تعهد الكفيل بالوفاء بالتزام التزمه المدين يجعل ذمته مشغولة قانونا بهذا الالتزام وليس إلا الدين، وذلك مع بقاء شغل ذمة المدين به بدليل أنه مطالب أولا بالوفاء، وعلى ذلك يرى أن القانون قد مال إلى مذهب الجمهور فى أنها ضم ذمة إلى ذمة فى الدين. أما القانون العراقى فقد عرفها أنها ضم ذمة إلى ذمة فى المطالبة بتنفيذ التزام (١٠٠٨) وبذلك مال إلى ما رجحه الحنفية.

مشروعية الكفالة:

شرعت الكفالة بالكتاب حين أقرها فى حكايته عن كفالة أحد أتباع يوسف عليه السلام إذ قال: ﴿وَلِمَن جَاءَ بِهِ﴾ (بالصواع) ﴿حِمْلُ بَعِيرٍ﴾ أى من الطعام ﴿وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾

أى كفيـل كما قال ابن عبـاس «وبالسنة وذلك بما رويناه فيمـا مضى، وبما روى عنه ﷺ أيضا أنه قال: الزعيم غارم».

ركن الكفالة:

يتطلب وجود الكفـالة وجود: كفيل، ومكفول له، ومكفـول عنه، ومكفول به، وصيغة تتحقق بها الكفالة. وقد ذهب أهل الظاهر والشـيعة الجعفرية إلى أن الصيغة التى تتحقق بهـا الكفالة تتركب من إيجاب يصدر من الكفيل وقبول يصدر عن المكفول له وهو الدائن أو الطالب، وبناء على ذلك يكون من أركـانها عندهم الإيجاب والقـبول؛ ذلك لأن الكفالة فى رأيهم تنقل الدين من ذمة المكفول عنه إلى ذمة الكفيل، والدين حق للمكفول له ونقله من ذمة إلى أخرى تصرف فـيه لا يتم إلا برضا صاحبه وإرادته، فكان من الواجب لتحقق الكفالة رضـاء المكفـول له وقـبـوله، وكانت الكفالة كـأى عقـد من العقود التى تنـشأ بين طرفين لا تتحقق إلا بإيجاب وقـبول، ولا يشترط فى تمامـها رضا المكفول عنه فتصبح ولو كرهها(١).

وذهب أبو حنيفـة ومحمـد وكذلك أبو يوسف فى أول رأى له إلى مـا ذهب إليه هؤلاء من أن الكفالة لا تتم إلا بإيجاب وقـبول. وإلى أن قبـول المكفول له ركن فيـها، ومبنى هذا القول عندهم أن الكفـالة عقد يملك به المكفول له حق مطالبة الكفيل أو حقا فى ذمة الكفيل، وإذا كانت كذلك وجـب قبول المكفول له إذ لا يملك إنسـان حقا رغم أنفه فكانت لذلك كالبيع تفيد ملكا فلا تتحقق إلا بإيجاب وقبول، وبناء على رأيهم هذا لا تتم الكفالة بعبارة الكفيل وحده سواء أكفل بالمال أم بالنفس بل لابد من قبول المكفول له أو قبول أجنبى عنه فى مجلس الـعقد لما صدر فيه من إيجاب بها فـيكون فضوليا فى هذا القبول، ويتوقف العقد حـينئذ على إجازة المكفول له إذا وصل إلى علمه ولا يجب أن يكون البادئ فـيهـا هو الكفيل بل يجـوز أن يبدأ المكفول له أو أجنبى عـنه بأن يقول أكفل لى بدينى قبل فلان أو أكفل لفلان بدينه فى ذمـة فلان فيقول الكفيل كفلت. وإذا قام مقام المكفول له أجنبى فتوقف العقد علـى إجازته جاز للكفيل حينئذ أن يخرج نفسه من الكفالة قبل إجـازتها؛ لأن التزامه حينئـذ لم يتم، إذ يعتبر أنه قد صـدر معلقا على قبول المكفول له، فإذا لم يحدث من المكفول له قبول كـان التزاما لما يتم، فيجوز له أن

(١) تحرير الأحكام جـ٢ ص٢٢١، والمحلى جـ٨ ص١١١ وما بعدها.

يعدل عنه كما يجوز للبائع أن يعدل عن إيجابه قبل إجازة المشترى المبيع الذى باشره عنه الفضولى.

وذهب المالكية والحنابلة إلى أنها تتم وتتحقق بإيجاب من الكفيل وحده ولا تتوقف على قبول من المكفول له ولا على قبول من المكفول عنه ولا على علمهما بها، ولا يشترط فيها رضاهما؛ ذلك لأنها مجرد التزام صادر من الكفيل بأن يوفى ما وجب للمكفول له فى ذمة المكفول عنه مع بقاء المكفول له على حقه بالنسبة إلى المكفول عنه، وذلك التزام لا معاوضة فيه ولا يضر بحق أحدهما ولا ينقص منه بل هو تبرع من الكفيل فيتم بعبارته وحده.

وهذا هو أصح الرأيين عند الشافعية وبناء عليه لا تتوقف على قبول المكفول له ولا على رضاه، ولكنها ترتد برده عندهم لأن رده فى معنى إبرائه الكفيل، والإبراء يستقل به المبرئ عند من ذهب إلى ذلك منهم، وقيل تتوقف على القبول لأن الإبراء يتوقف على قبول المبرأ عند من ذهب إلى ذلك منهم، وقيل إنما تتوقف على الرضا على القبول لفظا - وكل هذه آراء عند الشافعية أصحها ما ذكرناه أولا.

وذهب الزيدية فى أصح القولين عندهم إلى ما ذهب إليه الشافعية غير أن منهم من اشترط مع ذلك أن يكون الكفيل على معرفة بالمكفول له كما فى الفتح، ومنهم من لم يشترط ذلك فصرح بصحة الكفالة مع جهالة المكفول له.

وقد رجع أبو يوسف أخيرا إلى رأى الجمهور فلم ير قبول المكفول له ركنا فى الكفالة، وقال أنها تتم وتتحقق بإيجاب الكفيل وحده.

وفى بيان هذا القول اختلف الحنفية فمنهم من رأى أنها تصح بإيجاب الكفيل موقوفة على إجازة المكفول له. فإذا أجازها ألزم الكفيل بمقتضى كفالته، وإذا لم يجزها لم يلزم بذلك. ومنهم من رأى أنها تنفذ فيلزم الكفيل ولكن للمكفول له حق ردها فإذا ردها بطلت. ذلك تخريجهم لقول أبى يوسف، وعلى هذا إذا مات المكفول له قبل القبول لم يترتب على الكفالة أثر وبطلت بموته على القول ولزمت على القول الثانى فكان لوارث المكفول له مطالبة الكفيل بالدين.

وقد استند الجمهور أولا إلى ما رويناه فيما سبق عن سلمة بن الأكوع وإلى ما رواه جابر رضى الله عنه من أن النبى ﷺ قبل كفالة أبى قتادة بدين على ميت جىء به

له ليصلى عليه وأقرها وصلى عليه بناء عليها دون أن يقبلها الدائن بل ودون أن يعرف من هو وذلك دليل على عدم توقفها على قبول المكفول له.

وأضافوا إلى ذلك أن الكفالة محض التزام بها من الكفيل لا تمليك فيها بدليل أنها تصح مع جهالة المال المكفول به، وتقبل التعليق بالشرط، والتمليك لا يصح مع الجهالة ولا مع التعليق. والالتزام يتم بإيجاب الملتزم وحده كالنذر.

غير أن القانون المدنى المصرى قد انحاز فى بيان الكفالة إلى رأى الإمام ومحمد فذكر أنها عقد «م٧٧٢»، وإذا كانت عقدا وجب أن يكون له طرفان هما الدائن والكفيل فلا تتم الكفالة بمقتضى القانون إلا بإيجاب وقبول منهما دالين على توافق إرادتيهما ولا تتم فى نظره من جانب واحد، ولم أر الحكمة فى تفضيل هذا الرأى على الرأى الآخر فى حين أنه لا يراها تنقل الدين من ذمة إلى أخرى وإنما يراها ضم ذمة إلى أخرى وأنها مجرد التزام من الكفيل قام به تبرعا قصدا إلى توفير أمن الدائن وطمأنينته، وتوثيق ذمة المدين لديه، وليس يترتب عليها أى تكليف للأصيل ولا نقص لحقوقه حتى يشترط قبوله، وإلى هذا ذهب القانون العراقى «م ١٠٠٩».

ويكون الإيجاب من الكفيل بكل ما يدل على العهدة والضمان لغة أو عرفا وعادة كضمنت وكفلت وأنا به حميل أو زعيم أو غارم أو هذا المال علىّ أو إلىّ، أو عندى لك هذا المال متى كانت القرينة دالة على الضمان لا على الوديعة، ويكون القبول بكل ما يدل على الرضا كقبلت أو رضيت ونحو ذلك .. وليس يكفى عند الحنفية أن يكون الإيجاب أمرا كما فى البيع فإذا حدث فاستتبع استجابة من المأمور وجب أن يقبل الآمر أخيرا، واستثنى بعض فقهاء الحنفية من ذلك حال المرض إذا أمر المريض مورثه بقضاء دينه فقبل ذلك استحسانا؛ إذ يلتزم الوارث به دون توقف على صدور قبول من المريض الآمر.

والكفالة كغيرها من العقود تنعقد بالكتابة المرسومة المستبينة لقيامها مقام اللفظ، وتنعقد أيضا بالكتابة المستبينة غير المرسومة إذا صحبها ما يدل على أنه قد أريد بها العهد أو الضمان، ولا تنعقد بغير المستبينة، وكذلك تنعقد بالإشارة من الأخرس إذا كانت دالة مفهمة على أنه يريد ضماناً.

وفى اشتراط عدم معرفته بالكتابة لانعقادها بإشارته خلاف بين الفقهاء، منهم من لا يشترط ذلك، ومنهم من يشترط.

وعند الحنفية فى ذلك روايتان، رواية الأصل ورواية الجامع الصغير، والأولى تفيد اشتراط عجز الأخرس عن الكتابة، والثانية تدل على عدم اشتراط ذلك، والحنابلة يشترطون لانعقاد الكفالة من الأخرس بالكتابة أن تصاحبها قرينة تدل على أنه لا يريد بالكتابة شيئا غير الضمان، وهذا مذهبهم فى كل العقود ينشئها الأخرس بالكتابة.

وإلى صحة الكفالة بالعبارة أو الكتابة ذهب القانون المدنى، ولكنه يشترط الكتابة فى إثباتها ففى مادته (٧٧٣)، لا تثبت الكفالة إلا بالكتابة ولو كان من الجائز إثبات الالتزام الأصلى بالبينة - ولا يجوز إثباتها بالبينة إلا إذا وجد مبدأ ثبوتها بالكتابة[1] أو وجد مانع مادى أو أدبى يحول دون الحصول على دليل كتابى أو فقد سندها الكتابى بسبب أجنبى لابد للدائن فيه - (م ٤٠٢، ٤٠٣ مدنى).

طبيعة عقد الكفالة:

والكفالة فى طبيعتها كما تبين من تعريفها عقد التزام من جانب واحد فيه معنى التبرع فلا يلزم إلا الكفيل، وليس يترتب عليه إلزام المكفول له ولا المكفول عنه بشىء وإن كان يكسب المكفول له حقا هو حق مطالبة الكفيل على ما شرحناه سابقا، وهذا عند الجمهور، أما عند الشيعة وأهل الظاهر فإن عقد الكفالة يترتب عليه إلزام المكفول له بأن يستبدل بدينه دينا آخر فى ذمة الكفيل فلا يحق له مطالبة المدين الأصلى.

وعلى مذهب الجمهور إذا صاحب الكفالة التزام من جانب المكفول له أو المكفول عنه فلن يكون ذلك أثرا من آثار عقد الكفالة بل هو أثر لالتزام آخر خلاف عقد الكفالة وإن كان قد صاحبه، ذلك كأن يكون هناك اتفاق بين الكفيل والمدين أو الدائن على أن يعطوه جعلا ماليا فى نظير كفالته إياه فإن هذا تعاقد مستقل عن الكفالة بين الكفيل والمدين أو المكفول له يجوز قانونا، ولا يجوز عند جمهور الفقهاء.

ولا يتعارض مع هذا البيان أن الكفيل قد يرجع بما أداه للمكفول له على المكفول عنه كما سيأتى بيانه؛ لأن هذا الرجوع عندما يحدث إنما يكون نتيجة لأداء الكفيل ما على المدين من الدين لا نتيجة لكفالته بدليل أنه لا يرجع إلا إذا أدى الدين فعلا للدائن، وأنه لا يرجع إذا كان متبرعا بالكفالة فكفل بدون أمر المدين، وإنما لم يجوّز جمهور

---

(١) تعتبر مبدأ للإثبات بالكتابة كل كتابة تصدر من الخصم يكون من شأنها أن تجعل وجود التصرف المدعى به قريب الاحتمال.

فقهـاء الشريعة التعـاقد على إعطاء جعل للكفيل نـظير كفالته؛ لأنه من قـبيل أكل المال بالباطل والله تعـالى يقول: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ ... ﴿٢٩﴾﴾ [النساء] إلا أن تكون تجـارة عن تراض منكم وليس هذا من قبيل التـجارة لأن الكفيل لا يعطى بكفالته شيئـا يعتاض عنه بما يعطاه من عوض يأخذه من المكفول عنه أو المكفول له، وإنما التـزم متبـرعا بأداء ما على المكفـول عنه من الدين، فإذا أداه ورجع به عليه لم يكن عندئذ ما يستوجب به أخذ مال آخر زيادة على ذلك وهو الجعل - كما هو الحال والحكم إذا قـام المدين «الأصيل» بوفـاء ما عليه من الديـن - وإن أداه الكفيل ولم يرجع بما أدى على المدين فقـد قام بالأداء متبـرعا بما أدى فلا يستـحق شيئا لقـاء تبرعه بالتزامه وأدائه لأن ذلك يتعارض مع تبرعه.

وقد جـاء فى «كشاف الـقناع ومنتهى الإرادات» ما مـعناه، إذ قال شـخص لآخر كفلت لك هذا المدين عـلى أن تبرئنى من كفـالتى لفلان أو من ضمـان الدين الآخر أو على أن تضمن دينا لى قبل فـلان أو على أن تبعنى دارك بكذا أو على أن تؤجرنى إياها لم يصح، فإن كـان ذلك شرطا فى الكفـالة أفسدها، وإن لم يكن فـيهـا لم يلزم الوفاء به(١). ويبطل الضمان بشرط إعطاء ضمان مال لا يحسب من الدين(٢).

الجعل على الكفالة:

وفى «فـتح القدير»: إذا كـفل بمال على أن يجـعل له الطالب جـعلا فـإن لم يكن مشروطا فى الكفالة فالشرط باطل وإن كان مشـروطا فيها فالكفالة باطلة، وسيأتى أن هذا يخالف ما ذهب إليه الحنفية من أن الكفالة لا تبطل بالشـروط الفاسدة وسيأتى بيان ذلك.

وفى «منح الجليل»: إذا أخذ الكفيل جعلا على كفالته سواء أكان ذلك من الدائن أم من المدين أم من غيرهما فالكفـالة باطلة، وقيل لا تبطل الكفالة إلا إذا كان الجعل من الدائن أو كان من غيره بعلم الدائن، أما إذا كـان من المدين فإنها تصح ويلزم الكفيل برد الجعل إليه لأخذه باطلا، وليس يشترط فى الجعل أن يكون مالا بل كما يكون ما لايكون كفالة بدين للكفيل(٣).

---

(١) منتهى الإرادات هامش الجزء/ ٢ ص١٦٦ وكشاف القناع جـ٢ ص١٨٢.
(٢) نهاية المحتاج ص٤٤٢.
(٣) منح الجليل جـ٣ ص٢٦٥.

وفى «التاج»: ولا يجوز ضمان بجعل لأن الضمان مصروف وخير ولا يجوز أخذ عوض عن مصروف أو خير كما لا يجوز عن صوم وصلاة سواء أكان من الدائن أو من المدين[١].

وخالف فى ذلك الشيعة الجعفرية فجوزوا الكفالة مع اشتراط الجعل فيها، وعلى ذلك إذا قال له كفلت لك دينك قبل فلان على أن تبيعنى منزلك أو على أن تؤجرنى أرضك أو نحو ذلك لزمه المال إذا تحقق الشرط[٢] وإلى هذا الرأى مال التشريع المدنى فى مصر.

أحوال الصيغة:

لصيغة الكفالة الأحوال الآتية لأنها إما أن تكون مطلقة أى غير مقترنة بشرط ولا معلقة عليه ولا مضافة إلى زمن مستقبل، وإما أن تكون مقترنة بشرط، وإما أن تكون معلقة عليه أو مضافة إلى زمن مستقبل. فالأحوال على الجملة: **الإطلاق والاقتران بالشرط والإضافة إلى الزمن المستقبل والتعليق على الشرط والتوقيت.**

والواقع أن الاقتران بالشرط يتناول حال التوقيت وحال الإضافة وأنها مع الاقتران بالشرط أو مع الإطلاق قد تكون منجزة وقد لا تكون منجزة، كما أنها فى حال الإضافة وفى حال التعليق قد تقترن بشرط وقد لا تقترن بشرط فالأحوال متداخلة وليست كلها متقابلة، فحال التنجيز تقابل حال الإضافة والتعليق، وحال الإطلاق تقابل حال الاقتران وحال التعليق وحال الإضافة وما عدا ذلك فمتداخل بعضه فى بعض.

حال التنجيز:

الأصل فى العقود أن تكون منجزة عدا الوصية والإيصاء، ومعنى تنجيزها أن تترتب على وجود صيغتها مستوفية لجميع شروطها آثار العقد فى الحال. ومثال ذلك فى الكفالة أن يقول شخص لآخر كفلت لك بدينك فى ذمة فلان فإذا قبل الدائن الكفالة «على رأى من يرى وجوب القبول» فإن الكفيل يصير مطالبا بأداء هذا الدين فى الحال. وعلى رأى من يرى أنها تتم بالإيجاب وحده يصير مطالبا بمجرد صدور الإيجاب منه

---

(١) جـ٥ ص١١١.

(٢) تحرير الأحكام جـ١ ص٢٢٥.

دون توقف على قبول من أحد أو رضا من الدائن أو المدين، وقد فصلنا ذلك فيما مضى، ويترتب على ذلك إلزامه بأداء هذا الدين على ما سنفصله فى أحكامها.

ويلاحظ أن الدين المكفول به إذا كان مؤجلا كانت الكفالة مؤجلة إلى وقت حلوله لأنها كفالة بما على الأصيل فتتقيد بصفته من الحلول والتأجيل متى كانت صيغتها مطلقة غير مقترنة بشرط يغير من وصف الدين.

توقيت الكفالة:

ذكرنا فيما مضى خلاف الفقهاء في الكفالة وأن منهم من يرى أن الكفالة بدين المدين تبرئ ذمته من الدين وينقل بها الدين إلى ذمة الكفيل، ومنهم من لا يرى ذلك، ولكن يرى أن ذمة الكفيل تصبح مشغولة بالدين أيضا بمجرد الكفالة فيكون الدين شاغلا للذمتين: ذمة الأصيل وذمة الكفيل فى وقت واحد وهذا رأى الجمهور، ومنهم من يرى أن ذمة الكفيل لا تشغل بالدين ولكن يطالب بأدائه فقط بناء على الكفالة.

ومقتضى الرأيين الأولين القاضيين بشغل ذمة الكفيل بالدين المكفول به أنه لا يجوز توقيت الكفالة على معنى أن يكفل الكفيل الدين مدة معلومة محددة، حتى إذا مضت تلك المدة برئت ذمته بمضيها وانتهت الكفالة، وإن لم يوف الدائن دينه، ذلك لأن المعهود فى الشرع أن الذمة إذا شغلت بالدين الصحيح وهو ما تصح فيه الكفالة لم تبرأ إلا بأدائه أو بالمعاوضة عليه، أو بإسقاط الدائن إياه أو بهبته للمدين. أما أنها تبرأ بمضى زمن محدد فيكون مضى هذا الزمن مسقطا للدين فلا عهد لنا به فى الحقوق لأنها لا تسقط بمضى الزمن ولا بالتقادم شرعا، ولم يشذ عن هذا إلا دين النفقة فقد ذهب الحنفية إلى أن نفقة القريب إذا لم يؤدها من قضى عليه بها فمضى شهر ولم يكن قد أذن باستدانتها، ولم يستدنها من وجبت له فعلا فإنها تسقط لأنها إنما وجبت صلة للحاجة، وبمضى الشهر تبين أن لا حاجة فيه فتسقط. وقد بينا ذلك عند بياننا لأنواع الدين قويها وضعيفها، ومن المعلوم أن دين الكفالة من الديون الصحيحة القوية، فإذا ثبت فى الذمة ولو كانت ذمة الكفيل لم يسقط بمضى الزمن، وعلى ذلك يكون مقتضى هذين الرأيين السابقين عدم قبول الكفالة للتوقيت حتى لايترتب على توقيتها سقوط الدين عن الكفيل بمضى الزمن الذى أقّتت به. ذلك ما نستظهره ولم أجد فيما اطلعت عليه من النصوص إلا النصوص الآتية:

(١) جاء فى «كشاف القناع» للحنابلة: قال شخص: إذا قدم الحج فأنا كفيل بفلان شهرا صح، لأنها جمعت تعليقا وتوقيتا وكلاهما صحيح مع الانفراد فكذا مع الاجتماع - وظاهر هذا التعليل صحة تعليق الكفالة وتوقيتها وإن جاء ذلك فى مسألة تتعلق بكفالة النفس؛ لأن الكفالة التزام فى الحالتين، وإذا جاز توقيتها فى حالة جاز فى الحالة الأخرى، ويؤيد هذا ما جاء فى كتاب «الفروع» لابن مفلح الحنبلى صريحا وهو: «وفى صحة تعليق الضمان والكفالة بغير سبب الحق وتوقيتها وجهان» والمراد بالضمان ضمان المال والكفالة كفالة النفس. وقد علق على ذلك صاحب كتاب «تصحيح الفروع» بقوله: «توقيت الضمان والكفالة هل يصح أم لا؟ أطلق صاحب «الفروع» الخلاف - والواقع أن حكم توقيتهما حكم تعليقهما بغير سبب الحق خلافا ومذهبا «وفيهما مطلقا خلاف المشايخ، لكن فى الرعاية الكبرى فى مسألة التوقيت: إنه يحتمل عدم الصحة وهو أقيس، وقد ذكر فى تعليق الكفالة فإن الكفيل لو علق الضمان أو الكفالة بغير سبب الحق فهل يصح أم لا؟ فى ذلك خلاف فى المذهب ذكره «الفائق والمغنى والشرح الكبير» قيل يصح وهو الصحيح، واختاره أبو الخطاب والشريف أبو جعفر وغيرهما؛ وجزم بهذا القول أصحاب مؤلفات عديدة منها «الوجيز والهداية والمحرر والمستوعب والخلاصة وغيرها»، وفى «الرعاية الكبرى» صرح بصحة تعليق الكفالة وتوقيتها وقيل لا يصح واختاره القاضى فى «الجامع».

وعلى هذا فإذا قال شخص: أنا كفيل بهذا الدين مدة سنة فقط ففى صحة هذه الكفالة خلاف عند الحنابلة، منهم من ذهب إلى أنها صحيحة ويبرأ بمضى السنة وإن لم يحدث فيها وفاء، وهذا هو المختار عند الكثير، ومنهم من قال بعدم صحتها وذلك أقيس كما فى «الرعاية الكبرى» ووجه القياس ما قدمناه من أن الشأن فى الديون أنها لا تسقط بمضى الزمن - ولعل من ذهب إلى جواز ذلك يبنيه على أن الكفالة من قبيل التبرع، والشأن فيه أنه غير ملزم وليس يضير الدائن أن يستوثق مدة من الزمن قد يستطيع فيها أن يحصل على حقه من الكفيل، فإذا مضى الزمن عاد إلى الحال التى كان عليها وكأن رضا الدائن بذلك يعد إبراء منه للكفيل مضافا إلى مضى هذه المدة[١].

(٢) وجاء فى «البدائع» للحنفية: ولو كفل بالمال وقال: على أنى إن وافيتك بفلان «المدين» فأنا برىء فوافاه به من الغد يبرأ من المال. وفى رواية لا يبرأ، ووجه هذه الرواية الأخيرة أن قوله إن وافيتك به غدا فأنا برىء تعليق للبراءة من المال بشرط الموافاة

---

(١) راجع كشاف القناع جـ١ ص١٨١ والفروع وتصحيحه جـ٢ ص٦١٨.

بالنفس، والبراءة لا تحتمل التعليق بالشرط لأن فيها معنى التمليك والتمليكات لا يصح تعليقها بالشرط - ووجه الرواية الأولى أن هذا ليس تعليق البراءة بشرط الموافاة بل هو جعل الموافاة غاية للكفالة بالمال، والشرط قد يذكر بمعنى الغاية لمناسبة بينهما والقول بعدم البراءة أشبه - وتعليل الرواية القاضية بالبراءة عند الموافاة صريح فى أن الحنفية يجوزون توقيت الكفالة. وكل ما لاحظه صاحب «البدائع» هو أن هذا أهو توقيت للكفالة أم تعليق للبراءة وهى لا تقبل التعليق، ورجح أن ذلك يعد تعليقا للبراءة، غير أنى ألاحظ أن ذلك إن كان تعليقا للبراءة - وهى لا تقبل التعليق لما فيها من معنى التمليك - فليست البراءة المعلقة هنا براءة من المال إلا على أحد قولين عند الحنفية وهو أن الكفالة ضم ذمة إلى ذمة فى الدين، أما على القول الأصح من أنها ضم ذمة إلى ذمة فى المطالبة فهى براءة من المطالبة بالدين وهى إسقاط محض لا يضيره التعليق كالطلاق والعتق، فإذا روعى هذا كان القول بصحة البراءة من الكفالة أقيس.

وفى «الهندية نقلا عن الظهيرية والمحيط» - لو قال: كفلت بنفس فلان من هذه الساعة إلى شهر تنتهى الكفالة بمضى الشهر بلا خلاف ولو قال: كفلت بنفسى فلان شهرا أو ثلاثة أيام لم يذكر محمد هذا الفصل فى الكتاب. ومن المشايخ من قال أن الكفيل فى هذه الصورة يطالب فى المدة ويبرأ بمضى المدة، وإليه مال الشيخ عبد الواحد الشيبانى. ومنهم من ذهب إلى أنه يكون كفيلا أبدا وبلغوا التوقيت مثله قول الزوج لزوجته: أنت طالق شهرا ونسب صاحب «البحر» هذا إلى الأصل لمحمد. أقول وما الفرق بين هذه وسابقتها وقد نص فيها على عدم الخلاف.

وفى ابن عابدين - لو قال كفلت لك زيدا أو ما على زيد من الدين إلى شهر صار كفيلا فى الحال أبداً أى فى الشهر وبعده، ولكن لا يطالب إلا بعد الشهر ويكون ذكر المدة لتأخير المطالبة إلى شهر لا لتأخير الكفالة، وقيل لا يصير كفيلا فى الحال بل بعد المدة فقط وهو ظاهرة عبارة الأصل لمحمد، وعلى كل من القولين لا يطالب فى الحال وهو ظاهر الرواية كما فى التتارخانية وفى السراجية وهو الأصح. وفى الصغرى وبه يفتى كما فى «البحر» - قلت: ومقابلة ما قاله أبو يوسف والحسن أنه يطالب فى المدة فقط أما بعدها فيبرأ كما فى الظاهرية وغيرها وفيها أيضا كما سبق نقلا عن الهندية - لو قال كفلت من هذه الساعة إلى شهر تنتهى الكفالة بمضى الشهر بلا خلاف. وقال ابن عابدين وينبغى عدم الفرق بين الصور الثالث فى زماننا وهى:

١- كفلت إلى شهر دون ذكر بداية.

٢- وكفلت من هذه الساعة إلى شهر.

٣- وكفلت شهرا.

كما هو قول أبى يوسف والحسن لأن الناس اليوم لا يقصدون بذلك إلا توقيت الكفالة بالمدة وأنه لا كفالة بعد هذه المدة. ومبنى ألفاظ الكفالة على العادة وأن كلام كل عاقد وناذر وحالف وواقف يحمل على عرفه سواء وافق اللغة أم لا[1].

(٣) وجاء فى «المنتزع المختار» للزيدية: ويصبح توقيتها كأن يقول شخص لآخر ضمنت لك هذا الشخص فى هذا الشهر فيبرأ بتسليمه إليه فى ذلك الشهر، ومتى مضى الشهر بطلت الكفالة. وقد علق على هذا صاحب التعليقات بقوله هذا فى كفيل الوجه، أما فى كفيل المال فلا يبرأ إلا بتسليم المال، ومعنى ذلك أن الكفالة تصح ويلغو التوقيت. ثم قال وفى كتاب «الزهور» أنه لا فرق بين الكفالة بالنفس والكفالة بالمال فى صحة التوقيت ثم قال وهو ظاهر.

وفى «البحر الزخار» للزيدية - وتصح مؤقتة فى الابتداء كبعد شهر وله الرجوع قبله ومؤقتة فى الانتهاء كإلى شهر فتسقط بعده، ويصح تعجيل المؤجل كالقرض فإن امتنع من القبول أى من قبول الأداء بلا عذر - ولا حاكم - أشهد عليه وبرئ.

ومن هذا يرى أن الزيدية مختلفون أيضا فى صحة توقيت الكفالة بالمال وإن أظهر الرأيين الصحة لاقتصار صاحب «البحر الزخار» على ذلك. وأرى أن هذا من قبيل الاستحسان كرأى الحنابلة[2]. وفى «نهاية المحتاج» للشافعية: والأصح أنه لا يجوز توقيت الكفالة كأنا كفيل يزيد إلى شهر وأكون بعده بريئا - والثانى يجوز ذلك لأنه قد يكون له غرض فى تسليمه هذه المدة وليس له غرض فى تسليمه بعدها، بخلاف المال فإن المقصود منه الأداء فلهذا امتنع تأقيت الضمان قطعا، والظاهر أنها تصح ويلغو التوقيت.

ومقتضى هذا أن ضمان المال لا يصح توقيته ووجه ذلك ظاهر لما قدمنا، أما ضمان الوجه ففيه خلاف وأصح القولين عندهم عدم الصحة[3].

---

(١) جـ٤ ص٢٨٤ طبعة الحلبى.

(٢) راجع المنتزع جـ٤ ص٢٦٣، ص٢٦٤ والبحر الزخار جـ٥ ص٧٤.

(٣) نهاية المحتاج جـ٤ ص٤٤١.

هذا، وليس يصح توقيت الضمان عند الشيعة الجعفرية ومن ذهب مذهبهم فى براءة المدين بسبب ضمان دينه إذ إن هذا يتنافى مع ما شرع له الضمان وما يترتب عليه من براءة ذمة المدين.

ومما تقدم يتبين أن القول بصحة توقيت الكفالة على رأى من يرى أن ذمة الكفيل تصير بالكفالة مشغولة بالدين المكفول به غير متسق مع رأيهم فى الكفالة. أما على القول بأنها ضم ذمة إلى ذمة فى المطالبة فقط فليس ما يمنع من أن تكون مطالبة الإنسان بالأداء محددة بوقت حتى إذا ما انتهى هذا الوقت انتهت تلك المطالبة، إذ إن لذلك مثيلا فى الشرع؛ فالولى وناظر الوقف كلاهما مطالب بأداء الدين الذى هو على المولى عليه وعلى الوقف ما دامت الصفة فإذا انتهت انتهت تلك المطالبة، وعلى ذلك يكون الرأى بصحة توقيتها غير متعارض مع القول بأنها ضم ذمة إلى أخرى فى المطالبة، أما فى التشريع القانونى فلا يعد التوقيت إلا شرطا والشروط لازمة ما دامت غير محظورة قانونا وعلى ذلك فتوقيتها قانونا جائز ملزم وتنتهى بانتهاء وقتها.

إضافة الكفالة:

يجوز إضافة الكفالة بالمال إلى أجل مستقبل كأن يقول الكفيل أنا ضامن لك هذا المال أو هذا الدين ابتداء من الشهر الآتى فلا يكون كفيلا به إلا ابتداء من ذلك الوقت، أما قبل حلوله فلا يعد كفيلا ولا يطالب به، وإذا توفى لم يؤخذ الدين من تركته. غير أن للفقهاء فى ذلك تفصيلا هذا بيانه(1):

يرى المالكية، صحة إضافة الكفالة إلى زمن مستقبل فإن كان معلوما فالأمر ظاهر ولا يطالب الكفيل إلا إذا حل ذلك الوقت، وإن كان مجهولا جهالة غير فاحشة لم تفسد الكفالة، ولكن يضرب له القاضى أجلا بقدر ما يرى، فإذا مضى الأجل الذى حدده صار مطالبا، ففى المدونة: ولا بأس أن يتكفل بمال الغريم إلى خروج العطاء وإن كان مجهولا إذا كانت الكفالة فى دين قرض أو ثمن مبيع - وفيها: أرأيت إن قال إن لم يوفك فلان حقك فهو على ولم يضرب لذلك أجلا أيلزم الكفيل ذلك الحق؟ قال: أرى أن يتلوم له السلطان على قدر ما يرى فإذا لم يوف الحق فى ذلك الوقت ألزمه بالمال إلا أن يكون الذى عليه المال حاضرا مليئا، وهو الأصيل، وفيها: فإن قال إن لم يوفك

(٢) راجع الحطاب جـ٥ ص١٠١ والمدونة جـ١٣ ص١٣١ وص ١٣٢ طبعة الساسى.

حقك حتى يموت فهو على[1]، أيكون له أن يأخذ منه شيئا قبل موت فلان؟ قال: أرى أن ليس له ذلك إلا بعد موت فلان لأن هذا بمنزلة الأجل بضربه لنفسه.

فهذا كله يفيد أن المالكية يرون صحة الإضافة فى الكفالة سواء أكانت إلى أجل معلوم أم مجهول جهالة غير فاحشة وعندئذ لا يترتب عليها أثرها إلا إذا حل الوقت الذى أضيفت إليه.

ويرى الحنفية أن الإضافة إذا كانت إلى أجل معلوم بأن كفل ابتداء من الشهر الآتى أو من السنة الآتية جازت الكفالة: ففى «الهندية» نقلا عن «التبيين»: ويجوز تأجيلها إلى أجل معلوم. والجهالة اليسيرة فيها محتملة وجميع الآجال فى ذلك على السواء أى القريب والبعيد.

ولكن هذا الموضوع يحتاج إلى بيان يتضح به الفرق بين إضافة الكفالة وتأجيل الدين المكفول به، وفيما يلى البيان:

الكفالة قد تكون بدين لما يوجد عند إنشائها وقد تكون بدين موجود عند إنشائها. فإذا كان الدين غير موجود عند إنشائها وتعلقت به بسبب إضافتها إليه كأن يقول الكفيل للدائن: كفلت لك ما ستقرضه لفلان من مال. أو بسبب تعليقها به كأن يقول: إن أقرضت فلانا مائة جنيه فأنا كفيل بها فإن الكفالة فى هذه الأحوال تكون مرجأة إلى وقت تحقق سبب الدين أى وقت ثبوته وبذلك تعد مضافة إلى زمن مستقبل وهو الزمن الذى يتحقق فيه الدين ولا يترتب عليها أثر إلا من ذلك الوقت.

أما إذا كان الدين المكفول موجودا عند إنشائها فإنه قد يكون عندئذ حالا وقد يكون مؤجلا.

فإذا كان حالا وأضيفت كفالته إلى زمن مستقبل كأن يقول الكفيل كفلت لك دينك قبل فلان ابتداء من الشهر الآتى لم يكن للكفالة أثر إلا من وقت حلول الشهر وتأجل الدين بالنظر إلى الكفيل وحده؛ لالتزامه به ابتداء من الشهر الآتى نتيجة لإضافة

(١) فى هذه الصورة والتى قبلها يلاحظ أن الكفالة معلقة والتعليق فى معنى الإضافة إلى وقت تحقق الشرط المعلق عليه وهو مجهول، والتعليق فى ذاته ضرب من الإضافة فإذا صح العقد مع التعليق صح مع الإضافة.

الكفالة. أما بالنظر إلى المدين الأصيل - وقد كان الدين عليه حالا - فلا يتغير وصف الدين ويستمر عليه حالا إذ لا يلزم من تأجيل الدين على الكفيل بسبب كفالته المضافة تأجيله على المدين الأصيل.

وقد تصدر الكفالة فى هذه الحال غير مضافة ولكن قيدت بشرط تأجيل الدين المكفول إلى زمن مستقبل كأن يقول الكفيل كفلت لك دينك قبل فلان على أن يكون مؤجلا إلى شهر كذا، وعندئذ يلاحظ أن صفة التأجيل لم تتعلق بالكفالة نفسها فصدرت منجزة ولكنها تعلقت بالدين فكانت شرطا فيه ووصفا له باعتباره مكفولا وتعلقت به الكفالة على هذا الوضع وعلى هذا الشرط، ونتيجة ذلك أن الكفيل لا يطالب به إلا عند حلول الأجل المشترط فى عقد الكفالة إذ إن التزامه به قد قام على ذلك - لا خلاف فى ذلك، وهذا هو الحكم بالنسبة إلى الكفيل.

أما بالنسبة إلى المدين الأصيل - وقد كان الدين عليه حالا - ففى ظاهر الرواية أن يتأجل أيضا عليه فلا يطالب به إلا عند حلول الزمن الذى أجل إليه الدين فى عقد الكفالة.

وروى ابن سماعة عن محمد أن التأجيل يكون قاصرا على الكفيل وحده ويبقى الدين حالا كما هو على المدين الأصيل؛ لأن عقد الكفالة تم بين الكفيل والدائن على تأجيل الدين وذلك لا يكون إلا لمن شرطه، ولم يشرطه الكفيل للمدين الأصيل فيقتصر على الكفيل ويختص به؛ كما لو كفل الدين كفالة مطلقة ثم اتفق مع الدائن على تأجيل الدين فإن ذلك التأجيل يقتصر عليه بلا خلاف.

ووجه ظاهر الرواية أن تأجيل الدين كان بمقتضى عقد الكفالة وقد جعل شرطا فى ثبوت الكفالة، وذلك مما يجعل التأجيل صفة للدين الذى كفله الكفيل وليس هناك إلا دين واحد شغلت به ذمة كل من الكفيل والأصيل، وإذا كان واحدا وقد تأجل على الكفيل فإنه يتأجل على الأصيل وهذا بخلاف ما إذا كان التأجيل بعد حدوث الكفالة لأنه تأخير للمطالبة أو تنازل عنها فى وقت معين بالنسبة إلى الكفيل فلا يتجاوزه إلى الأصيل.

ومما ينبغى ملاحظته أن وفاة الكفيل قبل الوقت حال إضافة الكفالة يترتب عليها سقوط الكفالة وبطلانها، ولكن وفاته فى حال اشتراط تأجيل الدين وهى الصورة الثانية

لا يترتب عليها سقوطها ولكن يؤخذ الدين من تركته إن ترك مالا لحلوله على الكفيل بوفاته.

أما إذا كان الدين مؤجلا عند إنشائها فأضافها الكفيل إلى زمن مستقبل فإن كان بعد أجل الدين استمر الوضع بالنسبة إلى المدين الأصلى كما هو. ولم يكن لها وجود بالنسبة إلى الكفيل إلا من وقت حلول الزمن الذى أضيفت إليه ووجه ذلك ظاهر، وإن كان حلوله قبل أجل الدين لم يتغير الحكم بالنسبة إلى المدين الأصيل؛ إذ لا يلزم بسقوط أجل له فيه منفعة بدون إرادته، وطولب الكفيل ابتداء من وقت حلول الزمن الذى أضيفت إليه الكفالة دون الأصيل وذلك هو الحكم فى حال ما إذا كفل الكفيل الدين فى هذه الحال على أن يكون حالا فإن الحلول يقتصر على الكفيل للسبب نفسه.

أما إذا كفل الكفيل الدين كفالة مطلقة كأن يقول الكفيل كفلت لك دينك قبل فلان فإن مطالبة الكفيل تتأجل إلى وقت حلول الدين على الأصيل؛ لأنها كفالة بدين مؤجل فيلزمه بوصفه وهو أجله الذى له قبل الكفالة كما يلزمه بوصفه من الحلول إذاما كان حالا فكفله كفالة مطلقة وهذا ظاهر.

ومن البيان السابق يتضح الفرق بين الكفالة المضافة إلى زمن مستقبل والكفالة المنجزة بالدين المؤجل؛ إذ إن شغل الذمة فى الأولى بالدين لا يكون إلا عند حلول الوقت الذى أضيفت إليه الكفالة ومن ثم تبطل إذا توفى الكفيل قبله، أما فى الثانية فيكون شغل ذمة الكفيل بمجرد إنشاء الكفالة ومن ثم لا تبطل بالموت، وجاز الرجوع على التركة حينئذ بالدين بخلاف الحال الأولى فإنه لا يجوز الرجوع على التركة بشىء من الدين المكفول.

وجملة القول أن المشهور فى المذهب والذى عليه الفتوى هو ما نقل فى «الهندية» عن «التبيين» من جواز إضافة الكفالة إلى الزمن المستقبل وأن الجهالة اليسيرة فيه محتملة وأن جميع الآجال فى ذلك على السواء كما سيأتى:

وروى عن أبى يوسف أن الكفالة لا تقبل الإضافة وأن من قال: أنا كفيل بهذا الدين إلى ثلاثة أيام[1] كان كفيلا فى الحال ويبطل التأجيل؛ كالحكم إذا قال رجل

(١) والظاهر أنه لم ير فى هذا توقيتا بل إضافة ولعل ذلك كان عرفا لهم فى هذا الأسلوب، وذلك بدليل قوله أنه يكون كفيلا فى الحال وتلغوا الإضافة وذلك ما يتسق مع الإضافة لا مع التوقيت. ويتحقق التناسق والتشابه مع الفرع الذى اتخذه أصلا يقاس عليه عدم صحة توقيت الطلاق أو تأجيله.

لزوجته: أنت طالق بعد ثلاثة أيام فإنها تطلق عنده فى الحال ويلغو التأجيل وعلى هذا يطالب فى الحال.

وذهب الفقيه أبو جعفر إلى أن الكفيل فى مثل هذه الصورة يكون كفيلا فى الحال ولكن لا يطالب بالدين إلا بعد ثلاثة أيام لأن ذكر الأيام الثلاثة إنما يراد به تأخير المطالبة لا تأخير الكفالة وإضافتها، بدليل أنه لو دفع الدين إلى الدائن قبل أن يمضى الوقت المعين أجبر الدائن على قبوله، وذلك دليل على شغل ذمته كما يجبر على قبوله من المدين إذا أداه قبل أجله، ولو لم تكن ذمته مشغولة به لكان أجنبيا بالنسبة إلى أدائه فى هذا الوقت ولم يجبر الدائن على قبول الدين منه؛ لأن الدائن لا يجبر على قبول أداء دينه من أجنبى تبرع بأدائه وعلى ذلك تكون هذه الصورة من باب تأجيل الدين لا من باب إضافة الكفالة.

وإذا كانت الفتوى على أن الكفالة تقبل الإضافة فقد بنى على ذلك ماجاء فى المحيط للسرخسى من أن إضافة الكفالة بالمال إلى وقت معلوم أو مجهول جهالة غير فاحشة كإضافتها إلى الحصاد أو الدراس أو إلى المهرجان أو إلى النيروز تجوز إلى الأجل الذى سمى؛ لأن هذا الأجل وإن كان فيه نوع جهالة إلا أنها جهالة مستدركة متقاربة لا يترتب عليها نزاع فلا تمنع صحة الكفالة لأنها مبنية على التوسع. الا ترى أن جهالة المكفول به لا تمنع صحتها مع أنه المقصود منها وهو المعقود عليه، فجهالة ما ليس بمعقود عليه وهو الأجل لا تمنع صحتها من طريق أولى. وكذلك إذا أضيفت إلى العطاء أو الرزق فإنها جائزة إلى ذلك الأجل، ولو أضيفت إلى وقت قدوم فلان صحت أيضا إذا كان فلان هذا هو المكفول عنه لأن قدومه من سفره ميسر لاقتضاء الدين منه ولا يصح التأجيل إذا لم يكن مكفولا عنه وتكون منجزة.

أما إذا أضافها إلى نزول المطر فإن التأجيل لا يصح إذ ليس ذلك من الآجال المتعارفة فقد ينزل المطر عقب عبارته وقد يتأخر نزوله إلى وقت بعيد فكانت جهالة متفاحشة، وإذا بطل الأجل لتفاحش الجهالة فيه وعدم تعارفه صحت الكفالة[١] وكانت منجزة.

وإلى هذا ذهب الزيدية، فليس بين المذهبين فرق.

---

(١) العناية جـ٥ ص٤٠٦ طبعة شلبى جـ٥ ص٤٠٥ فتح القدير جـ٥ ص٤٠٦.

ويرى الحنابلة صحة إضافتها إلى وقت معلوم كأول الشهر وطلوع الشمس. أما إذا أضيفت إلى وقت فيه جهالة متعارف قبولها والتجاوز عنها كوقت الحصاد والدراس والجذاذ والعطاء ففى ذلك قولان:

أولهما: يقضى بصحتها؛ لأنها تبرع من غير عوض جعل له أجل فلا يمنع من حصول المقصود منه فصحت كالنذر، وهكذا كل مجهول لا يمنع المقصود من الكفالة.

وثانيهما: عدم الصحة. أما إذا كانت الجهالة فاحشة غير متعارفة فإن الكفالة تكون باطلة خلافا للحنفية إذ ذهبوا إلى صحتها وسقوط الأجل. وقد أشرنا إلى ذلك نقلا عن «الهندية».

ويرى الشافعية عدم صحة إضافتها كما لا يرون صحتها مع توقيتها أو مع تعليقها ولكن لو نجزها وشرط تأجيل المكفول به شهرا ونحوه جاز، لأنها كفالة منجزة حينئذ وقد التزم فى ذمته المكفول به مؤجلا وهو ما يصح تأجيله فتأجلت المطالبة بتأجيله لا بإضافتها. قال صاحب «نهاية المحتاج» - ومن عبر من الشافعية بجواز تأجيل الكفالة أراد هذه الصورة وهى تأجيل الدين المكفول به. والتأجيل فى هذه الصورة إلى الحصاد والعطاء ونحوها غير مقبول.

وذهب الشيعة - إلى ما ذهب إليه الشافعية من عدم صحة الكفالة المضافة والمعلقة ولا يكون الضمان عندهم إلا منجزا[1].

تعليقها:

يرى الحنفية صحة تعليق الكفالة بالشرط الملائم مثل أن يقول ما بايعت فلانا فعلى أو ما كان لك عليه فعلى وما غصبك فلان فعلى ويعتبر الشرط ملائما إذا كان شرطا لوجوب الحق كقول الشخص إذا استحق المبيع فأنا ضامن الثمن أو شرطا لإمكان الاستيفاء كقوله: إذا قدم زيد «المكفول عنه» أو لتعذر الاستيفاء كقوله: إذا غاب فلان «المدين» فيصح التعليق فى هذه الأحوال.

(١) راجع المنتزع جـ٤ ص٢٦٢ وص٢٦٢، ٢٢٤ وتحرير الأحكام جـ١ ص٢٢١ والمغنى جـ٥ ص١٠٠ ونهاية المحتاج جـ٤ ص٤٤٩ والمبسوط للسرخسى جـ١٩ ص١٧٢ وما بعدها والهندية جـ٣ ص٢٧٨ وبدائع الصنائع جـ٦ ص٣ والبحر جـ٦ ص٢٢٧ والحطاب جـ٥ ص١٠١.

أما إذا لم يكن ملائما كقوله إن هبت الريح أو إن نزل المطر أو إن دخلت الدار فأنا كفيل فلا تصح الكفالة[١] . . ذلك لأن تعليقها بشرط غير ملائم لها لا يظهر فيه غرض صحيح فكان ذلك ضرباً من اللهو والهزل ولا تصح العقود مع ذلك. وإنما صحت معجعل ما لا يلائم شرطا مقترنا بها أو وقتا مضافة إليه لأن الشرط المقترن والوقت كلاهما أمر عارض للعقد لا تتوقف عليه سببيته، ولا مانع منها فلا يكون لاقتران العقد بهما أثر فى إبطاله إذ لا يلزم من بطلان العارض إذا ما كان العارض معدودا من العيوب بطلان ما عرض له، وهذا بخلاف الشرط المعلق عليه إذا كان معيبا بسبب عدم ملاءمته فإن ذلك يعيب العقد لتوقف سببية العقد عليه فيبطل العقد، وما جاء فى «الكنز» من أن الكفالة تصح إذا ما علقت على شرط غير ملائم، ويلغو التعليق مثل إن هبت الريح فأنا كفيل بهذا المال غيرما فى الكتب المعتمدة؛ فلعل ذلك رواية أخرى أو سهو من صاحب «الكنز» كما جاء ذلك فى «التبيين» للزيلعى مستندا إلى ما فى «الفتاوى الخانية» وقد بحث هذه المسألة صاحب «أنفع الرسائل» ونقل أكثر ما جاء فى الكتب المعتمدة وهى تؤيد ما ذهبنا إليه أولا، وإنما جاز تعليق الكفالة بالشرط الملائم دون غيره لأن للكفالة شبهين: شبها بالتمليك من ناحية ما يترتب عليها من تمليك الطالب حق مطالبة الكفيل وهذه ناحية فيها تقتضى عدم صحة تعليقها مطلقا لا فرق بين شرط ملائم وآخر غير ملائم . . وشبها بالنذر من ناحية أنها التزام؛ وذلك ما يقتضى صحة تعليقها بأى شرط. فعملا بالشبهين وضعت موضعا وسطا، فالنظر الأول لم يجز تعليقها بغير الملائم وبالنظر الثانى صح تعليقها بالشرط الملائم. هكذا ذكرالحنفية. والذى يظهر لى أن المسألة مسألة عرف، وقد تعارف الناس تعليقها بالشروط الملائمة لتحقق الصلة بينها وبين الشرط، ولم يتعارف تعليقها بغير الملائم لفقدان الصلة بينها وبين الشرط وعدوا ذلك لغوا من القول[٢]. ومما يتفرع على ذلك أنه لو قال شخص لآخر عامل فلاناً وأنا كفيل بكل ما سيكون لك فى ذمته من ذلك صحت هذه الكفالة لأنها معلقة فى المعنى على ثبوت الدين ولزم الكفيل كل ما يثبت فى الذمة بالغا ما بلغ لمكان الإطلاق والعموم. وخالف المالكية فقالوا: إن ذلك مقيد عرفا فلا يلزمه إلا القدرالمتعارف المتعامل به.

---

(١) الهندية جـ٣ ص٢٧١ والفتح جـ٥ ص٤٠٦.
(٢) الهداية والفتح جـ٥ ص٤٠٤.

ويرى الزيدية صحة تعليقها بالشرط ولم يشترطوا ملاءمة الشرط لها فتصح إذا علقت ويلتزم الكفيل بالمال إذا ما تحقق الشرط[١].

أما الحنابلة ففريقان: فريق يرى عدم صحة تعليقها وبطلانها مع التعليق وهو ما اختاره القاضى وهو مذهب الشافعى، ونسبه ابن قدامة لمحمد بن الحسن من الحنفية؛ لأن فى التعليق خطرا فلم يجز تعليق الضمان عليه؛ ذلك لأن الكفالة تثبت حقا لآدمى معين فلم يجز تعليق ثبوته على شرط، كما لا يجوز توقيتها عند هؤلاء قياسا على الهبة والتمليكات.

وفريق يرى صحة تعليقها مطلقا وإليه مال الشريف أبو جعفر وأبو الخطاب. وفى نهاية المحتاج - والأصح أنه لا يجوز تعليق الضمان والكفالة، وقيل يجوز لأن القبول لا يشترط فيهما فجاز تعليقهما كالطلاق لأنها مجرد التزام.

وذهب الشيعة الجعفرية إلى بطلانها مع التعليق أو الإضافة ولا تصح إلا منجزة عندهم[٢].

أما المالكية فيوجد فيما ذكروه من فروعهم فروع عديدة تدل على صحة تعليق الكفالة على الشروط الملائمة، ولم أعثر لهم على فرع علقت فيه على شرط غير ملائم. والظاهر من هذا صحة تعليقها عندهم على الشرط الملائم وعدم صحتها عند تعليقها على غير الملائم.

اقتران الكفالة بالشروط:

نريد بالشرط التزام المتصرف فيتصرفه بأمر زائد على أصل التصرف سواء أكان هذا الالتزام مما يقتضيه ذلك التصرف - شرط أم لم يشرط - أم لم يكن من مقتضاه. وسواء أكان فيه منفعة لمن التزم به أو لغيره أم لم يكن فيه منفعة لأحد.

وليس بين الفقهاء خلاف فى أن الشروط التى يشترطها الناس فى عقودهم منها ما هو مباح جائز التزامه ويجب الوفاء به إذا التزم ويسمى هذا النوع بالشروط الصحيحة، ومنها ما هو محظور لا يجوز التزامه ولا يجوز الوفاء به إذا ما تم الاتفاق عليه، ويسمى هذا النوع بالشروط الفاسدة أو الباطلة، وإنما يختلفون فيما يعد من هذه الشروط شرطا

---

(١) البحر الزخار جـ٥ ص٧٤ والمنتزع جـ٤ ص٢٦٣.

(٢) تحرير الأحكام جـ٢ ص٢٢١ وما بعدها.

صحيحا مباحا يجب الوفاء به إذا ما اشترط، وما يعد منها شرطا فاسدا أو باطلا محظورا اشتراطه، لا يجوز الوفاء به إذا ما اشترط، كما يختلفون فيما يترتب على اشتراط هذا النوع الأخير من الشروط فى عقد من أثر فيه أيفسد العقد لفساد الشرط فيه أم يصح العقد ويلغو الشرط فقط لفساده.

ولاختلافهم هذا اختلفوا فى وضع الضوابط والحدود التى تتميز بها الشروط الصحيحة من الشروط غير الصحيحة؛ ذلك لأنها ضوابط وحدود مستنبطة من حلول مختلفة متعددة أثرت عن الصحابة والتابعين وعن الأئمة المجتهدين لا يجمعها ضابط واحد ولا تحدها حدود مستقرة ثابتة بسبب اختلافهم فيها اختلافا كبيرا فتعددت بسبب ذلك المذاهب فى الاشتراط، واختلفت توسعة على الناس وتضييقا عليهم فكان أضيقها دائرة مذهب أهل الظاهر وأوسعها دائرة مذهب فريق من الحنابلة وعلى رأسهم ابن تيمية وابن القيم وفيما بين ذلك مذاهب متعددة مختلفة ضيقا وسعة.

فأهل الظاهر يذهبون إلى أنه لا يصح لعاقد شرط إلا إذا ورد به شرع وكل شرط لم يرد به كتاب ولا سنة شرط باطل يبطل به العقد الذى اشترط فيه؛ لأن الرضا الذى يقوم عليه هذا العقد قد قرن بذلك الشرط وأسس عليه فإن بطل الشرط فلم يوف به زال الرضا المؤسس عليه العقد، وإذا زال الرضا بطل العقد لقيامه عليه، وقد نقل ابن تيمية عنهم أنهم مع ذلك التضييق لم يصححوا شروطا وردت بها السنة بناء على أنها منسوخة أو على أن الأثر الوارد بها غير ثابت.

ولا ريب فى أن هذا الرأى لا يصلح عليه أمر الناس، فإن العقود إنما حدثت فشرعت سدا لحاجات الناس وتوفيرا لمصالحهم، وما كان الاشتراط فيها إلا نتيجة لقصورها فى بعض الحالات عن سد هذه الحاجات فأضيفت إليها من الشروط ما بقى بالفرض منها، وذلك ما يستوجب أن يكون الاشتراط فى العقد سائغا جائزا إلا إذا ترتب عليه ضرر فنهى عنه الشارع لذلك.

وابن تيمية وابن القيم من الحنابلة ومن ذهب مذهبهم يذهبون إلى أن الشروط الصحيحة هى التى لم يرد عن الشارع نهى عنها ولا تتعارض مع ما شرعه الله سواء أقام الدليل على اعتبارها أم لم يقم، وسواء أوافقت مقتضى العقد أم لم توافقه، لاءمت حكمه أم لم تلائم.

وبناء على ذلك فالأصل فى الشروط عامة الصحة، ولا يحرم منها إلا ما نهى عنه أو خالف ما شرعه الله.

وقد ذهب هذا المذهب فريق من الشيعة الجعفرية وهو المختار عند الطباطبائى، فقد جاء فى كتابه «مفاتيح الأصول» إذا شرط شرط فى عقد ولم يقم دليل من الشرع على صحته أو فساده بالنصوص، فهل الأصل الصحة أم الفساد؟ فيه إشكال ولكن يحتمل احتمالا قويا الأول لعموم قوله ﷺ: «المؤمنون عند شروطهم».

وبين هذين الرأيين مذهب الحنفية، ومذهب المالكية، ومذهب الشافعية ومذهب جمهور الحنابلة، ومذهب الزيدية، ومذهب فريق من الشيعة الجعفرية وليس أهل كل مذهب من هذه المذاهب على وفاق بينهم فى ذلك بل يختلفون أيضا فيما بينهم، فبينما ترى بعضهم يعد شرطا من الشروط شرطا صحيحا ترى بعضهم الآخر يعده غير صحيح، وبينما ترى بعضهم يجعل العقد لشرط معين شرط فيه عقدا فاسدا أو باطلا ترى بعضهم يجعله مع هذا الشرط عقدا صحيحا ويلغى الشرط وحده.

ودراسة هذه الآراء ووزنها ومقارنتها بعضها ببعض تتطلب دراسة خاصة لسنا الآن بصددها وإنما عرضنا لها استطرادا كمقدمة لدراسة أحكام الكفالة عند اقترانها بالشروط، ويكفى لدراسة هذه الأحكام أن تقتصر على أشهر الآراء فى كل مذهب من هذه المذاهب مع بيانها فى إجمال.

مذهب الحنفية:

الشروط التى تشترط فى العقود ثلاثة أنواع عند الحنفية شروط صحيحة وشروط فاسدة وشروط باطلة. فالصحيح عندهم ما كان مقتضى للعقد أو ملائما له أو جاء بجوازه شرع أو جرى به العرف. وفسر بعضهم الملائم للعقد بالمقر لمقتضاه أو المؤكد لمقتضاه، وفسره صاحب «السراج الوهاج» بأنه ما كان راجعا إلى بيان صفة مطلوبة فى الثمن أو فى البيع أى فى موضوع العقد. والتفسير الأخير أشمل وأوضح. وعلى ذلك يرى أن الشرط الصحيح عندهم أربعة أنواع:

١- ما يقتضيه العقد، واشتراط هذا النوع كعدم اشتراطه، لأن مقتضاه لازم بالعقد شرط أو لم يشرط.

٢- والملائم للعقد.

٣- والجائز بدليل شرعى.

٤- وماجرى به العرف.

والفاسد عندهم ما عدا ذلك إذا كان فيه منفعة لمن هو أهل للاستحقاق سواء كان أحد العاقدين أو إنسانا غيرهما، والباطل ما عدا الصحيح إذا لم يكن فيه منفعة لأحد من أهل الاستحقاق.

وقد ذكر الحنفية أن الشرط الصحيح إذا ما اشترط فى أى عقد وجب الوفاء به؛ لأنه مما تم التعاقد عليه فكان جزءا من العقد يلزم بلزوم العقد. وأن الشرط الفاسد إذا ما اشترط فى العقد فسد به العقد إذا كان عقد معارضة كالبيع والإجارة والصلح على مال والمزارعة والمعاملة، وألحقوا بذلك إجازة هذه العقود والإبراء من الدين، والإقرار، وأضاف بعضهم إلى ذلك الرجعة، أما إذا كان فى عقد تبرع أو عقد توثيق فإنه يلغو ويصح العقد كالقرض والهبة والصدقة والوصاية والرهن والكفالة والحوالة، وألحقوا بذلك النكاح والطلاق والخلع والشركة والوكالة.

وأن الشرط الباطل إذا ما شرط فى عقد لغا، وصح العقد أى عقد كان، وعلى ذلك فالنتيجة أن الكفالة والحوالة لا تبطل بالشروط، ويجب الوفاء بالشرط الصحيح إذا شرط فيها ويلغو الشرط إذا كان فاسدا أو باطلا مع صحتهما(١).

تطبيقات:

إذا كفل شخص لإنسان مالا له قبل فلان مشترطا عليه فى كفالته هذا المال أن يعطيه المدين رهنا به معينا، وقبل ذلك المكفول له صحت الكفالة ولزم الشرط لأنه صحيح لا ينافى مقتضاها، فإذا أبى المدين إعطاء الرهن كان الكفيل مخيرا بين أن يمضى فى الكفالة وأن يفسخها.

وفى رأيى أن هذا اشتراط فى معنى التعليق؛ إذ الشرط يجب أن يكون التزاما من أحد طرفى العقد لطرفه الآخر المشترط له، وذلك يقتضى أن يكون تنفيذه فى مكنته وتنفيذ هذا الشرط ليس فى مكنة المكفول له إذ ليس له سلطان على المدين، وإذن يكون معنى ذلك أنه كفل له دينه إن أعطى به المدين رهنا. فإن أعطى به رهنا تحققت الكفالة

---

(١) الهداية والفتح جـ٥ ص٢١٤ - ٢١٩، وابن عابدين جـ٤ ص١٣٤-ص١٣٨.

وإلا لا. وعند ذلك لابد من كفالة جديدة. وإذن فمعنى مضى الكفيل فى الكفالة إذا لم يتحقق الشرط تجديدها.

وإذا كفل شخص دين إنسان على أن يوفيه إياه من وديعة للمدين عنده وقبل كل من المكفول له والمدين ذلك فالكفالة صحيحة، ويجبر الكفيل الوديع على إيفاء الدين من الوديعة فإن هلكت فلا ضمان على الكفيل وتنتهى الكفالة، وإذا رد الوديعة إلى صاحبها أو أخذها منه صاحبها عن رضى ضمنها. والدين على الضامن بمقتضى كفالته لقيام ضمان الوديعة مقامها، وإذا ضمن دينا على ألا يؤديه فى حياته فذلك جائز ويؤخذ من تركته بعد وفاته؛ لأن ذلك فى معنى إضافة الكفالة إلى ما بعد الموت وإضافتها جائزة[1].

وهذه هى الكفالة المقيدة بالعين وقد تقيدت بعين مملوكة للمدين فى هذه المسألة، ويلاحظ أن مقتضى الحكم فى الصورة الأولى التى قيدت فيها الكفالة بالوديعة أن الدين لا يؤخذ من مال الكفيل وإنما يؤخذ من الوديعة أو من ضمانها فقط حتى إذا هلكت لا إلى بدل بطلت الكفالة، وإذن كيف يتم شغل ذمة الكفيل بالدين أو بأدائه إذا لم يلزم الكفيل فى ماله وخاصة عند هلاك الوديعة، وهل يكفى فى تحقق الكفالة فى هذه الصورة وثبوت ضمان الكفيل بناء عليه أن تشغل ذمة الكفيل بأداء الدين من مال المدين؟ - الواقع أن هذه كفالة مقيدة بعين للمدين كالحوالة المقيدة بمال للمدين، وقد ذكرها قاضيخان فى شرحه على الزيادات لمحمد[2].

---

(١) الهندية جـ٣ ص٢٧٢ وص ٢٧٣.

(٢) وإذا كانت الكفالة ضم ذمة إلى ذمة فى الدين أو فى المطالبة وبها تشغل الذمة فقد تقيد بعين للمدين فى يد الكفيل، وعلى هذا يجبر الكفيل على الوفاء منها لا من ماله، وهذه يشترط فيها رضا المدين بذلك، ورضاه بذلك جعل له الحق فى أن يتصرف فى الوديعة بالبيع فى سبيل الوفاء منها، ويكون تصرفه بناء على قيامه مقام المدين نيابة عنه نشأت عن رضا المدين بهذه الكفالة ويمتنع حينئذ على المدين طلبها من الكفيل كما يمتنع على الكفيل أن يسلمها للمدين. وإذا هلكت بلا تعد فلا ضمان على الكفيل وتنتهى الكفالة بهلاكها، وإذا تعدى عليها الكفيل فضمنها قام ضمانها مقامها ولا تنتهى الكفالة - وإذا سلمها الكفيل للمدين كان متعديا وكان ضامنا لقيمتها وبقيت الكفالة متعلقة بضمانها، وإذا وفى الدين فى هذه الحال كان له حق الرجوع على المدين لقيامه بوفاء دين عليه بأمره فلم يكن متبرعا ومحل النظر فى هذه المسألة أن الكفيل هنا هل يعتبر كفيلا أم يعتبر عدلا رضيه الدائن والمدين وقد رهنت الوديعة عنده ووكل بالوفاء منها؟.

وإذا اعتبر عدلا وجب عند هلاك الوديعة بلا تعد هلاكها على الدائن بالأقل من قيمتها ومن الدين، وذلك ما لم يشر إليه فى هذه المسألة كما يرى أن قولهم بأن المال على الكفيل بمقتضى كفالته عند تعديه =

ومن فقهاء الحنفية من ذهب إلى بطلان الكفـالة إذا اقترنت بالشرط الفاسد، ومن ذلك ما نقله الكمال بن الهمام عن الخلاصة - إذا كفل شخص دينا لآخر على أن يجعل له الدائن جعلا على كفالته فالكفالة باطلة(١)، ومن ذلك أيضا ما جاء فى «الهندية» وعن أبى يوسف: إذا كفل إنسان دين آخر على أن يعطيه هذا الدين من ثمن هذا المنزل وليس المنزل له فالضمان باطل - وكذلك إذا ضمن عـلى أن يعطيه من ثمن عبده ولا عبد له، فالضمان باطل(٢). وجاء فيها أيضا - إذا ضمن دينا على ألا يؤديه فالضمان باطل.

= على الوديعة بتـسليمهـا إلى المدين ينفى اعتبـاره عدلا؛ إذ لو كان عـدلا فى هذه الحال لكان الحكم أنه ضامن للـوديعة وحل الضمـان محل الوديعـة فى الرهنية وتعلق الديـن بالضمان ولا يقـال إن الدين على الكفيل بمقتضى كفالته.

وإذا اعتبر كفيلا أى مدينا بمقتضى كفالته فكيف لا يلزم فى ماله فى هذه الحالة وإنما يلزم فى مال غيره، حتى إذا هلك بالمجان برئت ذمته ولا يؤخذ الدين من مـاله - والإنسان لا يكون مدينا فى مال غيره، وقد يقال أنها كفـالته مقيدة بالوفاء من الوديعة أى مـؤقتة بوجودها تحت ولايته أو بوجود ضمـانها، ومشروطة بالوفاء منها لا من ماله ونـظير هذا الحوالة المقيدة بمال للمدين عند المحال عليـه فإن الحوالة تنقل الدين من ذمة المدين إلى ذمة المحال عليـه، ومع ذلك تتقيد بما أدى المحال عليه للمحـيل المدين من مال إذا قيدت به ولا يوفى الدين إلا منه، وإذا هلك المال لا إلى بدل انقضت الحوالة وعـاد الدين إلى ذمة المحيل الذى كان مدينا - ولا شك أن هذا نظير ذلك فالمحال عليه فى هذه المسألة مدين ولا يوفى الدين من ماله، وفى هذه الحوالة يقول قـاضيخان فى شرحـه على الزيادات أنها نوع من الكفالة المقيدة بما لـلأصيل لدى الكفيل من مال، وفيها لا يوفى الدين إلا من هذا المال. وعلى ذلك فالمسألة المذكورة هى نوع من الكفالة التى تقيد بما يكون للأصيل لدى الكفيل من مال كالحـوالة المقيدة عند الحنفية - وهذه غير الكفالة المقيـدة عند الشافعية وهى الكفالـة المقيدة بعين مملوكـة للكفيل، ولا يكون الكـفيل مطالبا إلا فى هذه الـعين. وفى هذه الحال يجب تسلم العين إلى الدائن لتكون تحت يده توثيقا لحقه فيكون حكمها حكم الرهن ولبست رهنا.

أما ما ذهب إليه القانون فى هذا النوع من الكفالة فهو أن يقوم الكفيل بتقديم العين التى يقيد بها كفالته رهنا إلى الدائن إما رهنا رسميا أو رهنا حيازيا ولا تتم الكفالة العينية إلا بذلك قانونا.

وأما الضمان المقيـد بالعين عند الشافعية فالظاهر أنه يكون برهنها لدى الدائن من قـبل مالكها - وتباع العين فى الدين ولا يصـير به مالك العين مـدينا حتى لو توفى لا يحل الدين بوفـاته ولو تلف المرهون لم يلزمه أداء الدين (جـ٤ ص٢٤٠ نهاية) - وجاء فيها: لو قـال شخص للمدين ضمنت ما لفلان عليك فى رقبة عندى من غير قبول المضمون له كفى وكان كالإعارة للرهن - ومقتضى هذا أنه لا يشترط فى الكفالة العينية رهن العين، وعلى هذا فلينظر ما ذهب إليه الشافعـية فى الكفالة أو الضمان العينى أيجب فيه رهن العين لدى الدائن كالوضع فى العارية التى اسـتعيرت لترهن أم لا يجب فيه ذلـك؛ بل يصير مالك العين مطالبا بالدين فى العين وتكون مضمونة عليه إذا هلكت بتعد أو بتقصير من قبله.

(١) الفتح جـ٥ ص٤٠٦.

(٢) الهندية جـ٣ ص٢٧٣.

ومقتضى ما قدمناه من أن الكفالة لا تبطل بالشروط أن تصح الكفالة فى هذه المسائل ويلغو الشرط. والمختار عند الحنفية الرأى الأول. وفى الاختيار - وشرط الخيار فى عقد الكفالة جائز وهى أقبل للخيار من البيع حتى جاز فيها اشتراط الخيار أكثر من ثلاثة أيام لأنه لما صح تعليقها بالشرط فلأن تصح بشرط الخيار أولى. وعلى ذلك لا تفسد باشتراط الخيار فيها أكثر من ثلاثة أيام وله الخيار فى المدة[1].

مذهب الزيدية:

الظاهر من عبارة «المنتزع» أن الزيدية يصححون الكفالة المقترنة بالشروط مطلقا، فإن كان شرطا صحيحا لزم، وإن كان غير صحيح صحت ولغا الشرط. ففى «المنتزع» - وتصح الكفالة مشروطة ولو بمجهول غير أنه إذا كان الشرط أجلا مجهولا لم يصح التأجيل بل يلغو وتثبت الكفالة فى الحال إلا أن يتعلق به غرض كالدباس ونحوه فإنها تتقيد بذلك تبعا للعرف. أما إذا لم يتعلق به غرض كهبوب الرياح ونزول الأمطار فإنه لا يصح وتصح الكفالة.

ومن هذا يرى أن مذهب الزيدية كمذهب الحنفية على المختار عندهم من عدم تأثير الشرط الفاسد فى الكفالة.

مذهب المالكية:

ذهب المالكية إلى أن ما يشترط فى العقود قد يكون شرطا يقتضيه العقد ويستوجبه شرط أم لم يشرط، وهذا اشتراطه كعدم اشتراطه. وقد لا يكون كذلك وهذا الأخير نوعان: أحدهما ما لا ينافى العقد ولا يؤدى إلى الإخلال بشرط من شروط صحته، وثانيهما ما نافى مقتضى العقد أو أدى إلى الإخلال بشرط من شروط صحته. والنوع الأول من هذين النوعين هو الشرط الصحيح عندهم؛ وهو من أنواع الصحيح أيضا عند الحنفية والنوع الثانى هو الشرط الفاسد. والأول اشتراطه صحيح والعقد معه صحيح ويجب الوفاء به إن أمكن وإلا فسخ العقد بطلب ممن له المصلحة فى فسخه لأن فيه مصلحة مشترطة غير محظورة تم العقد عليها فإذا فاتت وجب فسخ العقد لزوال الرضا به وذلك كأن يشترط الكفيل على الدائن عدم تنازله عما رهنه المدين عنده أو يشترط الدائن على الكفيل أن يطالبه بالدين غاب المدين أو حضر وليس يختلف هذا عن رأى الحنفية فهما شرطان صحيحان عندهم.

---

(١) جـ٣ ص٦٥.

والثانى شرط فاسد فإن كان اشتراطه مؤديا إلى الإخلال بشرط من شروط صحة العقد كان العقد باطلا ولم يكن للعاقدين خيار فى إمضائه؛ لأنه شرط أريد به حل ما حرمه الله كأن يشترط فى البيع أن يدفع ثمن المبيع من غلاته فى مدة معلومة محددة، وكاشتراط المرتهن على الراهن أن ينتفع بالرهن ما دام تحت يده، وكأن يشترط الدائن على الكفيل أن يطالبه بالدين وإن لم يثبت على المدين، أما إذا لم يؤيد إلى ذلك، وإنما كان منافيا لما يقتضيه العقد كأن يتسبب عنه منع أحد العاقدين مما يملكه بالعقد المشترط فيه مثل أن يشترط البائع على المشترى ألا يبيع المبيع أبدا أو إذا أراد بيعه باعه بنفس ما اشتراه به لا أكثر من ذلك، وأن يشترط الكفيل على الدائن ألا ينفذ عليه فى أمواله فإن اشتراطه يوجب فساد العقد المشترط فيه ما تمسك به مشترطه، فإن تنازل عنه وتركه صح العقد ونفذ، ومن ذلك يرى أن حكم العقد مع اشتراط شرط فاسد فيه غير حكمه عند الحنفية.

وفى هذا الموضوع تفصيل طويل وبيان مسهب ذكره الخطاب فى كتابه «الالتزامات» فارجع إليه إن شئت لأننا ما أردنا إلا بيانا إجماليا نؤسس عليه أحكام اقتران الكفالة بالشرط.

وجملة القول أن المالكية يرون أن اقتران الكفالة بشرط يؤدى إلى الإخلال بشرط من شروط صحتها مبطل لها وأن اقترانها بشرط يتنافى مع ما يقتضيه عقدها مبطل لها ما تمسك صاحبه به، وعلى ذلك قالوا: إذا كفل دينه نظير عوض مالى مقدر فالكفالة باطلة كما تقدم لأنه شرط ينافى مقتضاها، وهى أنها تبرع وعمل خير لا يصح الاعتياض عنه، وكذلك قالوا إذا كفل بدينه قبل فلان على أن يكفل له المكفول له بدينه قبل شخص آخر بطلت الكفالة لما فى هذا الشرط من معنى المعاوضة الذى يتنافى مع مقتضاها، والكفالة فى هذه الحال باطلة إذا تمسك الكفيل بهذا الشرط. أما إذا تنازل عنه وتركه فإن كفل له بما يدعيه من دين قبل فلان وإن لم يكن ثابتا فإنها تبطل لاقترانها بشرط يخل بشرط من شروط صحتها وهو ثبوت الدين المكفول به ولا تصح بالتنازل عن هذا الشرط كما تقدم.

مذهب الشافعية:

ويرى الشافعية أن الشروط التى تشترط فى العقود قسمان - شروط صحيحة وشروط غير صحيحة؛ ذلك لأن ما يشترط فى العقود إما أن يكون فى اشتراطه غرض فى العادة والعرف وإما ألا يكون فى اشتراطه غرض، فإن لم يكن فى اشتراطه غرض

في العادة والعرف كان شرطا لاغيا وكـان اشتراطه لعبا ولهوا، وعندئذ لا يلزم ولا يؤثر فى العقد وكأنه لم يشترط؛ وهذا مـحل اتفاق عند الجمهور منهم، وليس يظن أن يكون هذا محل خلاف بين الجمهور من غيرهم. وإن كان فى اشتراطه غرض عادة وعرفا، فإن كان من مصلحة العقد اشتراطه صح ولزم، وهذا هو الشرط الصحيح عندهم وهو شرط لازم سواء أترتب عليه منفـعة لأحد العاقدين أم مـنفعة لهم جميـعا، ومن هذا النوع ما يشترط لبيان وصف أحد العوضين فى عقود المعاوضة وما يذكر لبيان ما أعطى للمتبرع له فى عقـود التبرع. وإن لم يكن مـن مصلحة العـقد اشتـراطه كان شرطا فـاسدا مفـسدا للعقد. ويدخل فى ذلك ما نهى عنه الشـارع من الشروط، فإن النهى عنها يدل على أن لا مصلحة للعقد فى اشتراطها؛ بل فى اشتراطها المضرة.

غير أن الشـافعية لم يعنوا ببيـان مرادهم من «مصلحة العقـد» فى حين أنها كلمة مرنة لا تخلو من إبـهام يحول دون تحديـد المعنى المراد. وقد ذهب فى بيانهـا الشافعـية مذاهب شتى لا ينضبط معها نظام ما يصح اشـتراطه ويعد شرطا صحيحا، وما لا يصح اشتراطه ويعد شرطا فاسدا. كمـا ذهب الشيخ زكريا الأنصارى فى بيان ذلك مذهبا أراه لا يغنى، فقد رأى أن الشرط إذا كان يؤدى إلى بقاء صلة بين العاقدين بعد تمام العقد لا يكون من مصلحة العقد اشتراطه ويعد شرطا فاسدا يفسد العقد باشتراطه فيه. أما إذا لم يؤد إلى ذلك كان من مصلحة العـقد اشتراطه وكان شرطا صحـيحا، ولعله يريد بالصلة التى يفسد بها العقد الصلة التى لا تكون محددة تحديدا يمنع الخلاف والنزاع. أما المحددة على وضع يحـول دون حـدوث أى خلاف أو نـزاع فلا يتـرتب عليـهـا فسـاد الشـرط المستوجب لها وذلك كاشتراط التـأجيل فى البدل إلى أجل مسمى معين[1] وليس يتيسر مع هذا الإبهام الموازنة الدقيقة بين مذهبهم ومذهب غيرهم.

وعلى ذلك فالشافعية يرون أن اقتران الكفالة بالشرط الصحيح جائز وعندئذ تصح الكفالة ويلزم الشرط، كـما إذا كفل شخص لآخر دينه قـبل مدينه فلان على ألا يطالب بهذا الدين قبل شهر مـن الآن، أو على ألا يطالب بذلك الدين إلا بعد عجز المدين عن الوفاء به.

واقترانها بالشرط الفاسد يبطلهـا وعلى ذلك لو كفل شخص لفلان دينه قبل فلان على أن يكون فـلان هذا بريئا من هذا الدين المكفـول به أو على أن يكون فلان الكـفيل

(١) راجع أسنى المطالب شرح روض الطالب ونهاية المحتاج جـ٤ ص٤٤٢ وص٤٣١.

بهذا الدين بريئا منه أو على ألا يطالب به الأصيل فالكفالة باطلة لاقترانها بشرط يخالف مقتضاها. وكذلك لو قال شخص لآخر: كفلت لك دينك قبل فلان وكل دين تدعيه قبله وإن لم يكن ثابتا، فالكفالة الثانية باطلة لاقترانها بشرط يخالف شرطا من شروطها وهو أن تكون الكفالة بدين ثابت، وكذلك لو كفل بدينه قبل فلان على أن يعطى عوضا عن هذه الكفالة لم تصح كذلك لاقترانها بشرط فاسد، وهكذا كل كفالة اقترنت بشرط فاسد.

مذهب الحنابلة:

ويذهب الحنابلة إلى قسمة الشرط قسمين أيضا: شرط صحيح، وشرط غير صحيح. والصحيح عندهم كل ما كان فى اشتراطه مصلحة للعقد مما لا ينافى مقتضاه ولم يرد فيه عن الشارع حظر، ولكنهم يتوسعون فى معنى المصلحة حتى أنهم ليرون كل شرط يشترط فى العقد شرط صحيح إلا فى الأحوال الآتية:

(١) أن يكون الشرط مستوجبا لإنشاء عقد آخر وذلك لنهى النبى ﷺ عن صفقتين فى صفقة، وهذا النوع من الشروط شرط فاسد يفسد به العقد الذى اقترن به، وهم يتفقون فى هذا مع الحنفية.

(٢) أن يكون شرطا منافيا لمقتضى العقد الشرعى كأن يشترط البائع على المشترى ألا يبيع المبيع أو لا يقفه، وهذا النوع من الشروط يعد شرطا فاسدا لا يفسد به العقد فيصح العقد معه ويلغو الشرط؛ لأنه يعتبر رفعا للعقد الذى رضيه العاقدان فيكون لغوا، وهم فى هذا يتفقون مع الحنفية إذا كان العقد ليس عقد معاوضة - أما عقد المعاوضة فإن هذا النوع من الشروط يفسد به عندهم.

(٣) أن يجمع فى عقد بين شرطين وذلك لما رواه عبد الله بن عمر - لا يحل شرطان فى بيع. وغير البيع مقيس عليه، وقد اختلفت الحنابلة فى المراد بالشرطين فذهب بعضهم إلى أن المراد بهما أى شرطين ولو كانا صحيحين كما هو ظاهر الحديث، وآخرون إلى أن المراد بهما الفاسدان. وذكر البغوى أن المراد به أن يقول البائع بعتك هذه السلعة بألف نقدا وبألفين نسيئة، وقد روى عن أحمد أن اشتراط شرطين صحيحين فى العقد صحيح[١].

---

(١) راجع نيل الأوطار جـ٥ ص١٥٢.

وأن هذا الحديث لا أصل له فى كتب السنة وذهب ابن تيمية وابن القيم من الحنابلة إلى أن كل شرط صحيح ما لم يكن شرطا محظورا نهى عنه الشارع أو حل حراما أو حرم حلالا، والواقع أن هذا الموضوع موضوع نظر أو إشكال، كما يظهر ذلك من خلافهم فى المراد بالشرطين[١].

وعلى ذلك فالشرط غير الصحيح عندهم ما كان مستوجبا لإنشاء عقد آخر أو ما كان منافيا لما يقتضيه العقد أو ما شرط مع غيره من الشروط. واقتران الكفالة بالشرط الفاسد مفسد لها عندهم إذا ما اقتضى إنشاء عقد آخر، فإذا قال شخص: كفلت دينك قبل فلان على أن تبرى «فلانا» الكفيل به من الكفالة لم تصح الكفالة، وكذا لو قال له: على أن تبرئنى من كفالتى لك بدينك قبل زيد «فلان آخر» لم تصح الكفالة؛ لأن ذلك شرط بفسخ عقد فى عقد آخر فلم يصح كالبيع بشرط فسخ بيع آخر، وكذلك تفسد الكفالة إذا شرط الكفيل فى عقدها أن يضمن هذا الدين فلان أيضا على أن يضمن دينه قبل فلان آخر أو نفس المكفول عنه، أو على أن يؤجره منزله أو على أن يبيعه أرضه الفلانية، ففى كل هذه الصور لا تصح الكفالة لاشتراط عوض فيها فكان كبيعتين فى بيعة وذلك منهى عنه.

مذهب الشيعة الجعفرية:

ذهب بعضهم إلى أن الكفالة تبطل إذا اقترنت بالشرط الفاسد، ومثلوا لذلك بأن يقول الكفيل للدائن كفلت لك دينك قبل فلان بشرط أن تبرئ «فلانا» شخصا آخر، من كفالة هذا الدين، وذهب آخرون إلى صحتها مع اقترانها بأى شرط، وفرعوا على ذلك صحة الكفالة فى المثال السابق وحينئذ لا يكون كفيلا مطالبا إلا إذا أبرأ الكفيل الأول، وكذا تصح إذا قال له: ضمنت لك هذا الدين على أن تبرئنى من كفالتى بدين فلان أو على أن تكون ضامنا لدينى قبل فلان أو على أن يضمن المضمون دينى قبل فلان، أو على أن تبيعنى كذا أو على أن تؤجرنى كذا فتصح الكفالة على هذا الشرط، ولا يطالب الضامن إلا عند تحقيق الشرط[٢].

---

(١) فتاوى ابن تيمية الجزء ٣ ص ٣٢٣-٣٢٦.

(٢) راجع تحرير الأحكام جـ١ ص٢٧٥.

حكم الكفالة المؤقتة والمضافة والمعلقة والمقترنة بالشرط فى القانون:

تصح الكفالة مؤقتة ومضافة ومعلقة فى التشريع الوضعى ما دام ذلك غير مخالف للنظام العام فإذا خالف النظام العام، لغا التوقيت كما لا يكون للشرط وجود معتبر فيستمر الالتزام إذا كان فاسخا على الرغم من وجوده كما لا يترتب على وجوده تحقق الالتزام إذا كان واقفا - وقسمة الشرط هذه القسمة فى هذا التشريع اصطلاح يخالف اصطلاح فقهاء الشريعة فهو فى التشريع الوضعى ينقسم قسمين - شرط واقف، وشرط فاسخ ويجعلون الالتزام التزاما معلقا على شرط إذا كان وجود هذا الالتزام أو زواله مترتبا على أمر مستقبل غير محقق الوقوع، وإن لم يكن ذلك الترتيب مفهوما من الدلالة الوضعية الصريحة للعبارة التى ينشأ بها الالتزام - فإذا كان مقتضى هذه العبارة أن وجوده متوقف على وجود شرط معين بحيث إذا تحقق وجد الالتزام وإذا لم يتحقق لم يوجد، فهذا الشرط يعتبر شرطا واقفا، وإذا كان مقتضاها أن زوال هذا الالتزام هو المتوقف على الشرط فإذا وجد زال وإذا لم يوجد استمر؛ فهذا الشرط يسمى شرطا فاسخا، وبناء على ذلك فالشرط الواقف هو الشرط الذى يتوقف على وجوده وجود الالتزام، فإن لم يتحقق لم يوجد هذا الالتزام مثل أن يعلق الوصى وصيته لابنه على أن يتزوج، فالزواج فى هذه الحالة شرط واقف، ومثل أن يعلق الشخص كفالته بدين فلان قبل فلان على أن يهبه سيارة معينة له فالهبة من الدائن للكفيل شرط واقف إذا تحققت تحققت الكفالة، وإذا لم تتحقق الهبة لم توجد الكفالة.

والشرط الفاسخ هو الشرط الذى يترتب على وجوده وتحققه زوال الالتزام فإذا لم يتحقق استمر الالتزام، وذلك، مثل أن يكفل شخص لشخص دينه قبل آخر على أن يكون بريئا من الكفالة إذا ما تزوج المدين ابنة المكفول له «الدائن» فزواج المكفول عنه بابنة الدائن «المكفول له» شرط فاسخ، فإذا كان تحقق انقضت الكفالة وانتهت.

ومن هذا يرى أن أحوال التعليق للكفالة بحسب الاصطلاح الفقهى الإسلامى هو من أحوال الشرط الواقف، بحسب الاصطلاح الفقهى الوضعى، وأحوال التوقيت تعد من أحوال الأجل الفاسخ؛ وذلك لزوال الالتزام بانتهاء الوقت فكان انتهاء الوقت فاسخا ومنهيا للالتزام.

أما أحوال الإضافة فهى من أحوال التأجيل الواقف عندهم، أما أحوال الاقتران بالشرط فهى فى اصطلاحهم أحوال تعم أحوال التوقيت والتعليق والإضافة وهى فى حكمها على العموم تخضع لقاعدة عدم المخالفة للنظام العام، ولذا كان الحكم فيها هو الصحة ما لم تخالف النظام وإلا بطلت ما تضمنته من الشروط على ما بيناه آنفا فى أحوال التعليق والإضافة، أما فى غيرها من أحوال الاقتران بالشرط فإن الشرط يبطل أيضا فإن كان من مقتضاه وجود الالتزام عند وجود الشرط لم يحدث الالتزام وإن كان من مقتضاه انتهاء الالتزام عند وجوده لم ينته الالتزام بوجوده ولم يكن لوجوده اعتبار. ويلاحظ أن القانون المدنى فى المادة ٧٨٠ ينص على أن الكفالة إذا اقترنت بما يدل على تعلقها بمبلغ أكبر مما هو مستحق على المدين أو بما يجعل الكفيل فى مركز أشد وطأة من المدين لم تجز فلا تجوز بمبلغ أكبر ولا بشرط أشد، ولكن تجوز فى مبلغ أقل وبشرط أهون. وبناء على ذلك إذا كان الدين مؤجلا أو مستقبلا فلا تصح الكفالة به منجزة؛ ذلك لأن الكفالة كما فى المادة ٧٧٢ عقد يلتزم به الكفيل تنفيذ التزام المدين؛ وذلك بأن يتعهد للدائن بأن يفى بهذا الالتزام إذا لم يف به المدين؛ وذلك ما يقضى بأن يكون التزام الكفيل تابعا لالتزام المكفول وألا يتجاوزه، ولكن يجوز أن يكون أقل منه. وعلى هذا لا تجوز الكفالة بدين مؤجل على أن يكون حالا على الكفيل ولكن تجوز كفالة الدين الحال على أن يكون مؤجلا أو معلقا - والمادة ١٠١٣ عراقى تنص على أن الدين إذا كان مؤجلا على الأصيل تأجل على الكفيل وإذا أجل الدائن الدين على الأصيل تأجل على الكفيل. والمادة ١٠١٤ تنص على أن الدين الحال إذا كلفه كفيل كفالة مؤجلة تأجل عليه وعلى الأصيل إلا إذا أضاف الكفيل الأجل إلى نفسه أو شرط الدائن وقت الكفالة الأجل للكفيل خاصة فعند ذلك يقتصر على الكفيل.

وجملة القول عند فقهاء القانون هو جواز الاشتراط ما لم يكن الشرط مخالفا للنظام العام ومخالفا للآداب، أما إذا كان الشرط مخالفا للنظام العام أو للآداب، فإن كان شرطا واقفا فإن الالتزام لا يقوم ولا يكون له وجود ولو تحقق الشرط، وأما إذا كان فاسخا فإن الشرط نفسه لا يمكن أن يعد له وجود. وبناء على ذلك يكون الالتزام باقيا مستمرا.

شروط الكفالة

ذكرنا فيما سبق أن عقد الكفالة يقتضى وجود كفيل ومكفول عنه ومكفول له ومكفول به وصيغة العقد وقد تكلمنا عن الصيغة والآن نتكلم على ما عداها وذلك ببيان شروط كل من هذه الأركان.

أهلية التبرع:

يشترط فى الكفيل أن يكون أهلا للتبرع؛ لأن الكفالة كما قدمنا تعد من التبرعات، فلا تنعقد كفالة الصبى والمجنون والمعتوه والسفيه لانعدام أهلية التبرع عندهم، وذهب القاضى أبو ليلى من الحنابلة إلى أن كفالة السفيه تصح، ويتبع بعد فك الحجر عنه كإقراره بالدين، ورد بأنها إنشاء التزام بخلاف الإقرار فإنه أخبار، وكذلك لا تصح كفالة المكره لأن الاختبار شرط فى التصرف، ويرى المالكية أن كفالة المفلس لا تصح لأنه لاينفذ تبرعه وهو رأى الصاحبين من الحنفية؛ إذ يريان أن المحجور عليه للدين لا ينفذ تبرعه إلا بإجازة الدائن، وخالف فى ذلك الشافعية والحنابلة فأجازوا له أن يكفل، وهو رأى الشيعة الجعفرية لأنه أهل للتصرف، والحجر عليه فى ماله لا فى ذمته إلا أن المكفول له لا يشارك الغرماء الذين حجر عليه لدينهم وإنما يؤخر ذلك إلى مال لا يتناوله الحجر عليه، وإذن تكون النتيجة ثبوت الدين فى ذمته الآن وعدم مطالبته إلا بعد أن يتملك مالا لا يتناوله الحجر عليه. وعلى ذلك فهم يرون أنه أهل لأن يلتزم فى ذمته ولو كان ذلك بطريق التبرع منه.

كفالة المريض:

أما المريض مرض الموت فكفالته فى مرضه لا تتجاوز ثلث تركته مع سائر تبرعاته إلا بإجازة ورثته عند الحنفية والحنابلة والمالكية؛ لأن الكفالة تبرع وتبرعه فى مرض موته يأخذ حكم الوصية، فإذا كان دينه مستغرقا لأمواله فكفل أو كان غير مدين فكفل لوارث أو عن وارث له فإن كفالته تكون متوقفة على الإجازة من الدائنين ومن الورثة ولو لم تتجاوز ثلث تركته، وذهب الشافعية إلى أن ضمان المريض من رأس ماله، إلا إذا ضمن

وهو معسر واستمر إعساره إلى وقت وفاته[١] أو ضمن ضمانا لا يستوجب رجوعا على الأصيل بأن ضمن بغير أمر المدين فيكون حينئذ تبرعا يتقيد بثلث المال لأن تصرفه حال مرض الموت له حكم الوصية إذا كان من قبيل التبرع، ولكن إذا استغرق الدين مال المريض، وقضى به بظل ضمانه لأن الدين مقدم على الضمان[٢].

كفالة السكران:

ويصح ضمان السكران للاعتداد بعبارته فى التصرفات إذا كان سكره بمحرم، ولا يصح إذا كان سكره بغير محرم.

ومن المالكية من رأى عدم صحة ضمانه مطلقاً.

ضمان الزوجة:

وكذلك يصح ضمان الزوجة بدون إذن زوجها. وذهب المالكية إلى أن ضمان الزوجة نافذ فى حدوث ثلث مالها بدون إذن زوجها. أما إذا زاد على الثلث فيصح ولكن لا يلزم إلا بإجازة الزوج. وللزوج رد الجميع حينئذ إلا أن يزيد يسيرا كالدينار وما قل مما يعلم أنها لم تقصد به إضرارا فتمضى الكفالة حينئذ وله هذا الحق وإن كانت الكفالة عنه[٣].

ملاءة الكفيل:

واشترط الشيعة الجعفرية زيادة على اشتراط أهلية التبرع ملاءة الكفيل وقت الضمان فإن لم يكن مليئا، اكتفى بعلم المكفول له بإعساره، فلو ضمن معسر دينا ولم يعلم الدائن بإعساره كان له فسخ الضمان عند علمه والرجوع بدينه على الأصيل، ولا يشترط استمرار اليسار إلى وقت الوفاء، ومرد ذلك أن الضمان عندهم ينتقل به الدين إلى ذمة الكفيل ويبرأ الأصيل.

وهل يشترط فى الفسخ أن يكون فور علمه بإعساره، أو لا نشترط الفورية؟ فى ذلك إشكال[٤].

---

(١) أما لو أيسر وأمكن أخذ المال منه فإنه يتبين أن ضمانه كان من رأس ماله.

(٢) يراجع نهاية المحتاج جـ٤ ص٤٢، ٤٢٣، والمغنى جـ٥ ص٧١، ٧٢ وابن عابدين جـ٤ ص٢٧٩ وما بعدها.

(٣) دردير ودسوقى جـ٣ ص٣٣١ والخرشى جـ٦ ص٢٦.

(٤) تحرير الأحكام جـ١ ص٢٢٠.

معرفة المكفول عنه والمكفول له والمكفول به:

لا يشترط معرفة الكفيل لكل من المكفول عنه والمكفول له عند جمهور الحنابلة، فقد ضمن كل من على رضى الله عنه وأبى قتادة من لم يعرفاه، وهو الميت الذى جيء به ليصلى عليه الرسول ﷺ لصاحب الدين عليه دون أن يعرفاه أيضاً وقبل النبى ﷺ منهما ذلك.

أقول: والاستناد إلى هذين الأثرين يدل على أنه عند جهل الضامن بهما يجب أن يكون ذلك على وضع يؤدى إلى معرفتهما وتعيين الدين المضمون وإلا فكيف تتم الكفالة بعبارة الضمان ويتعين الدين المضمون.

وقال القاضى أبو يعلى من الحنابلة: يجب معرفتها جميعا. ووجهه ظاهر وذكر وجها آخر هو أنه يجب معرفة الضامن للمضمون له حتى يستطيع أن يؤدى إليه الدين ولا تشترط معرفة المضمون عنه لعدم اشتراط رضاه ولا معاملة معه.

وعند الشافعية الأصح أنه يشترط أن يعرف الضامن المكفول له لتفاوت الناس فى المطالبة حتى ينتفى الضرر ويستطيع إبراء ذمته بأداء الدين إليه، ولا يشترط معرفته المكفول عنه؛ لأن الكفالة معروف وقد يصنع المعروف مع غير أهله، وماقبله اشتراط معرفته أيضا ليعلم يساره وقدرته على الوفاء(١).

وعند أبى حنيفة ومحمد لابد من قبول المكفول له الكفالة كما تقدم، وعلى ذلك فمعرفته لازمة لتنشأ الكفالة عندهما. أما عند أبى يوسف فالظاهر أنه يجب معرفته كذلك ليؤدى الكفيل الدين إليه وإن كان يرى أن الكفالة تتم من جانب واحد هو الكفيل، ويؤيد هذا إطلاق الكتب اشتراط معرفة المكفول له لصحة الكفالة عند الحنفية.

---

(١) ويظهر لى أن اشتراط المعرفة يعنون به أن يكون الإيجاب بالكفالة متضمنا ما به يعرف المكفول به والمكفول من اسم أو لقب أونحو ذلك حتى يكون للشرط مظهر خارجى ينبنى عليه القضاء. وفى شرح الدر المختار أن تعيين مقدار الدين إلى المكفول له لا إلى الكفيل لأنه صاحب الدين، وهذا مخالف لما فى أمهات الكتب، فإما أن يكون سهوا أو قولا غير مشهور وإلا وجه أن التعيين يجب أن يكون إلى الملتزم بالدين؛ لأنه هو الذى سيدفع الدين، وقد يكون من وراء ذلك رجوعه على المكفول عنه إذا ما كانت الكفالة بالأمر فوجب أن يختار ما هو أسهل وأيسر وفاء، وعلى ذلك إذا قال الكفيل لشخص أنا كفيل لك بما لك من ديون على الناس هل تصح هذه الكفالة ويطالب الكفيل بكل دين له على اى إنسان بناء على أن هذه كفالة منجزة وعدم معرفة المكفول عنه فيها لا يمنع من صحتها؟ الظاهر من إطلاق العبارة أنها كفالة صحيحة لأنها كفالة منجزة لا يشترط فى صحتها معرفة المكفول عنه وهى مجرد التزام من الكفيل بكل دين للمكفول له ولا يعنيه معرفة المكفول عنه؛ إذ لا يشترط رضاه ولا قبوله وليس له حق الرجوع عليه وإذن فليس على المكفول له إلا أن يعين ديونه للكفيل فيلتزم بها.

أما المكفول عنه فمعرفته شرط أيضا عند الحنفية إذا كانت الكفالة معلقة أو مضافة، وعلى ذلك إذا قال شخص لآخر: ما بايعت أحدا من الناس أو ما أقرضت أحدا من الناس فأنا كفيل أو أنا كفيل لك بعد شهر بما ستبيع به هذه الدار لأى شخص، أو قال له: كفلت لك بما بايعت أحدا من الناس، إذ إنها فى هذا المثال أيضا مضافة إلى وقت المبايعة، فإن الكفالة فى هذا وأمثاله غير صحيحة لجهالة المكفول عنه حال الإضافة وحال التعليق، أما فى حال التنجيز فلا تمنع جهالة المكفول عنه صحة الكفالة ومثلوا ذلك بقولهم أن يقول الكفيل لشخص: كفلت لك بما لك على فلان أو فلان، فإذا قال له ذلك صحت الكفالة، وكان إليه تعيين المكفول عنه منهما لأنه الملتزم بالدين كما فى «الهداية» وكما فى «الحاكم»، أما جهالة المكفول به فلا تمنع من صحة الكفالة مطلقا[1]، وفيه إذا قال الكفيل: ما بايعت من الناس فعلى ضمانه فهو باطل لتفاحش الجهالة بجهالة المكفول عنه وبه بخلاف انفراد جهالة المكفول به فإنها حينئذ قليلة تتحمل[2].

شروط المكفول عنه:

قد يكون المكفول عنه وهو المضمون مدينا عند الإيجاب بالكفالة، وقد يكون غير مدين فى ذلك الوقت كما فى الكفالة بالدين الموعود به، وكما فى الكفالة المعلقة على سبب وجوب الدين، وسيأتى الكلام على ذلك، وعلى أية حال فالشرط فى المكفول عنه

---

(١) الفتح جـ٥ ص٤٠٤.

(٢) أقول: إنما لم تجز هنا لجهالة المكفول عنه فيما هو معلق لأن «ما» شرطية بدليل اقتران الجزاء بالفاء وجهالة المكفولة عنه فى الكفالة المعلقة مانعة من صحتها، ولكن قد يقال إن «ما» هنا موصولة ووجود الفاء لما فيها من العموم وعلى ذلك يكون هذا الفرع دليلا على أن جهالة المكفول عنه على هذا الوضع مانعة من صحة الكفالة وهو وجيه فى نظرى لفحش الجهالة (راجع كذلك الدر وابن عابدين جـ٤ ص٢٩٧) غير أنه قد جاء فى الدر: قال رجل لآخر: اسلك هذا الطريق فإن كان مخوفا وأخذ مالك فأنا ضامن فسلكه فأخذ منه ماله كان ضامنا فى حين أن الموضع موضع تعليق، وجهالة المكفول عنه فى التعليق تمنع صحة الكفالة فكيف يضمن مع بطلان الكفالة. وقد أجيب عن ذلك بأن هذا استثناء من القاعدة السابقة مرجعه إلى إرادة الزجر عن مثل هذا الضمان الذى يتضمن غرورا. ولذا قال أبو السعود أن الضمان فى هذه المسألة مرجعه إلى الغرور لا إلى صحة الكفالة، والغرور يوجب الضمان وخاصة إذا كان الضمان مشروطا ولكن قيل أن ضمان الغرور عند الشرط هو من ضمان الكفالة (راجع ابن عابدين جـ٥ ص٣١٥، ٣١٦) غير أنه إذا عد كذلك فهى فى هذا المثال كفالة معلقة فكيف لزمت مع جهالة المكفول. وعلى الظاهر من القواعد الدالة على وجوب تجنب الغرور فى المعاملات والالتزامات يقضى بأن مثل هذه الكفالة غير صحيحة لفحش الجهالة، ولعل التمثيل السابق يوحى بأن الجهالة المغتفرة هى الجهالة الناشئة من أن يكون المكفول أحد شخصين أو ثلاثة مثلا.

عند أبى حنيفة أن يكون قادرا على الوفاء بالمكفول به إما بنفسه وإما بنائبه فلا يصح «ضمان الميت» مدين توفى لا عن تركة ولا عن كفيل بالدين؛ ذلك لأن الميت فى هذه الحال عاجز عن الوفاء غير أهل للمطالبة وليس عنده إلا «الأداء» الواجب الشاغل للذمة، وهو متعذر فى هذه الحال فيسقط بالموت؛ إذ لا تكليف بما لا يستطاع وإذا سقط لم يتصور ضمانه لأن الضمان ضم ذمة إلى ذمة فى الدين أو المطالبة به ولا دين ولا مطالبة، حينئذ ولأنه بوفاته لا عن مال ولا كفيل تصير ذمته خربة غير صالحة لأن تشغل بدين فيعد لذلك ساقطا. أما إذا ترك مالا فإن كفالة ما عليه من دين تصح فى حدود هذا المال للقدرة على الوفاء بواسطة النائب وهو الوصى على التركة أو بواسطة الخلف وهو الوارث ولبقاء المطالبة به فى هذه الحال إذ يطالب النائب أو الخلف بأدائه حينئذ فصحت كفالته لذلك، وكذلك إذا ترك كفيلا بهذا الدين جاز لآخر أن يكفل به أيضا لبقاء القدرة على الوفاء بواسطة الكفيل ولبقاء المطالبة بمطالبة الكفيل.

وذهب **الصاحبان** إلى جواز الكفالة بدين المتوفى إطلاقا ترك مالا أم لا، ترك كفيلا به أم لا[1]، وهو مذهب الشافعية والمالكية والحنابلة والزيدية والشيعة الجعفرية، واحتجوا بحديث قتادة المار إذ قبل رسول الله ﷺ كفالته عن الميت ولم يكن ترك وفاء ولا كفيلا، وبحديث علىّ رضى الله عنه أيضاً: فقد روى أبو سعيد الخدرى أنه عليه الصلاة والسلام قبل كفالة علىّ فى مثل هذه الحادثة، ويؤيد ذلك أيضا صحة إبراء المتوفى عن دين وإن لم يترك مالا، وصحة التبرع بالأداء عنه وكذلك إبراؤه حينئذ، كما احتجوا أيضا بأن الموت ليس سببا لسقوط دين لغير الميت إذ لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء أو انفساخ سببه ولم يحدث شىء من ذلك، ولذا لا تنتهى كفالته بالموت إذا حدثت قبله، هذا، وإذا جاز أن يجاب عن ذلك بأن صحة الإبراء والأداء إنما أريد بها تخليصه من إثم المماطلة فى قضاء الدين والتقصير فى أدائه لا قضاء الدين على الحقيقة على ما فى ذلك من بعد، فإن ذلك لا يقتضى عدم العمل بالحديث، وادعاء أن الكفالة فى الحديث كانت سابقة على الوفاة وأن الحديث عنها فيه كان إخبارا لا إنشاء لها ادعاء بعيد ولا دليل عليه. ولا يشترط رضا المكفول عنه بكفالة دينه بل تصح مع كراهته لذلك، **ويقول ابن قدامة** أنه لا علم فى ذلك خلافا ووجهه أنه لو تبرع إنسان بقضاء دين على غيره من غير إذنه ومن غير رضاه فقبل الدائن ذلك صح، فدل ذلك على أن صحة ضمانه من غير رضاه أولى.

---

(١) بدائع جـ٦ ص٦، هندية جـ٣ ص٢٥٣.

وكذلك يشترط عند الحنفية فى المكفول عنه أن يكون معلوما للكفيل إذا كانت الكفالة مضافة أو معلقة لا إن كانت منجزة كما تقدم، وعلى ذلك إذا قال شخص لآخر: كفلت مالك من الدين على الناس تصح الكفالة وإن كان المكفول عنه مجهولا، ولكن فى «فتح القدير» ما يشعر بأنها فى هذه الصورة غير صحيحة ولأن العرف يأبى إنفاذ التزام كهذا لفحش الجهالة فيه ولكن إطلاق النصوص تخالفه، وفى «الهندية» عن «الذخيرة والمحيط» أن اشتراط العلم بالمكفول عنه إنما هو عند إضافة الكفالة أو تعليقها إما عند تنجيزها كأن يقول الكفيل كفلت لك بدينك قبل فلان أو فلان فإنها تجوز ويكون للكفيل حق تعيين المكفول عنه منهما كما تقدم فى اشتراط علم الكفيل بالمكفول عنه.

وجملة القول فى ذلك أن علم الكفيل بالمكفول عنه محل خلاف بين الفقهاء منهم من اشترط ذلك ومن هؤلاء بعض الشيعة، ومنهم من لم يشترط ذلك ومن هؤلاء جمهور الشافعية والمالكية وبعض الحنابلة(١).

قال فى «الفتح»: والحاصل أن جهالة المكفول له تمنع صحة الكفالة مطلقا «أى فى كل حال» وجهالة المكفول به لا تمنعها مطلقا وجهالة المكفول عنه تمنعها عند التعليق والإضافة ولا تمنع صحتها عند التنجيز، وعلى ذلك لا تصح إذا قال ما ذاب لك على أحد من الناس أو ما بايعت أحدا فهو على لجهالة المكفول عنه فى الإضافة ولا تصح إذا قال ما ذاب لأحد عليك فهو على لجهالة المكفول له وإذا قال ما غصبك فلان أو سرتك فعلى جازت الكفالة لعدم جهالة المكفول له والمكفول عنه وإن جهل المكفول به(٢).

وتصح الكفالة بين الصبى والمجنون ولكن لا يرجع الكفيل فى مالها إذا أدى ولو كانت الكفالة بإذنهما إلا فى صبى مأذون له بالتجارة، فإن إذنه بالكفالة يعتبر فى الرجوع عليه.

شروط المكفول له:

يشترط فيه أن يكون معلوما للكفيل أما عند من يجعل قبوله فى مجلس العقد ركنا فذلك طبيعى ومنهم الحنفية، وأما عند من يرى أن الكفالة تتم من جانب الكفيل

---

(١) الهندية جـ٢ ص٢٥٤ والبدائع جـ٦ ص٦ ونهاية المحتاج جـ٤ ص٢٣٤ والمغنى جـ٥ ص٧١ وتحرير الأحكام جـ١ ص٢٢٣ ومنح الجليل جـ٣ ص٢٥٢.

(٢) الفتح جـ٥ ص٤٠٤.

فلأن الكفالة قد شرعت لتـوثيق الدين ولتكون وسيلة إلى أدائه ولا يكون ذلك مع جهالة الدائن وإلى هذا ذهب الشافعية فى الأصح عندهم من القولين. وإن كان قبوله الكفالة أو رضاه بها غير واجب عندهم لصحة الكفالة على الأصح.

وجملة القـول أن الفقهاء قد اخـتلفوا فى علم الكفيل بالمكفـول له منهم من جعله شرطا فى الكفيل فجعل علمه بالمكفول لـه شرطا فيه، ومنهم من جعله شرطا فى المكفول فالشرط أن يكون معلوما لدى الكفيل وليس ذلك إلا خـلافا فى التعبير؟ ومنهم من ذهب إلى أنه ليس بشرط محتجا بحديث أبى قتادة وحديث على «المارين» إذ قبل رسول الله ﷺ كفالتهـما دون أن يعلما من هو الدائن. وليس فى الحديثين ما يدل على أنهـما كانا عالمين بالدائن، وكل ما فى الأمر أن رسول الله قبل كفالتهما دون توقف على قبول الدائن.

وبناء على مـا ذهب إليـه الحنفيـة من اشـتراط العلم بـالمكفول له إذا قـال رجل لرجلين: كفلت لهذا بما له على فلان من دين أو لهذا كانت الكفالة باطلة لجهالة المكفول له، كذا فى «الذخيرة» ولو قال لجماعة ما بعتموه لفلان أنتم وغيركم فعلىّ صح ذلك فى حق المخاطبين فقط، كذا فى «المحيط» للسرخسى. ولو قال: من بايعك من هؤلاء وأشار إلى معدودين فـأنا كفيل عنك بالثمن جاز؛ لأن المكفول له مـعلوم لانحصاره فى هؤلاء وهى جهالة يسيرة وإليه يكون تعيين المكفول له.

وكذا يشـترط فى المكفـول له أن يكون عاقـلا إذ لا يصح قبول المجنـون والصبى الذى لا يميز الكفالة إذا ما وجه إليهما الإيجاب لعدم الاعتداد بعبارتهما، ولا يجوز قبول وليهما عنهما فى هذه الحال لأن الإيجاب لم يوجه إليه وليس فى هذا الشرط خلاف عند من يجعل القبول ركنا فى الكفالة.

ويجوز قبول الصبى المميز، والسفيه عند الحنفية لأنها نفع محض فلا تتوقف على إجازة وليهما «فى المال» أما عند الشيعة وأهل الظاهر فلا يتمحض فيها النفع إذ قد تكون ذمة الكفيل الذى انتقل إليها الدين أسـوأ حالا من ذمة المدين أو يعرض لها ما لم يعرض لذمة المدين، فلا يكون النفع متمحضا؛ ولذا لا تتم بقبولهما.

شروط المكفول به:

أولا: يشترط فى المكفـول به وجوبه على الأصيل على وجه يلزم مـعه أن يسلمه ولو مستقبلا إلى صاحب الحق، وهذا شرط يحتاج إلى بيان وتفصيل نذكره فيما يلى:

المكفول به قد يكون دينا وقد يكون عينا.

فإذا كان دينا وجب أولا أن يكون دينا صحيحا لا يسقط إلا بأداء أو إبراء، وألحق الحنفية بذلك دين نفقة الزوجة استحسانا فإنها لا تعد من هذه الديون عندهم ومع ذلك أجازوا الكفالة بهـا، أما غيرهم فإنهم يعـدونها من الديون الصحيـحة التى لا تسقط إلا بالأداء أو الإبراء فتجوز الكفالة بها عند وجوبها كـالشافعية. وعلى الجملة فقد ذهب إلى جواز الكفالة بنفقة الزوجة الحنفية والشافعية والحنابلة والشيعة الجعفرية.

كفالة النفقة:

فالحنابلة أجازوا كفـالة نفقة الزوجة مـاضية أم حاضـرة أم مستقبلـة لأن الماضية والحاضرة واجـبة فعلا والمستـقبلة مآلها إلى اللزوم. وقال القـاضى أبو يعلى: إذا ضمن نفقتها فى المستقبل لم يلزمه إلا نفقة المعسر؛ لأن الزيادة عليها تسقط بالإعسار.

والحنفية أجازوا الكفالة إذا كانت حاضرة أو مستقبلة أو ماضية فرضت بالقضاء أو بالرضا استحسانا، أمـا الماضية غير المفروضة فلا يجوز كفالتهـا إلا بعد فرضها، أما قبل فرضـها فلا يصح كـفالتهـا. وفى «الخانية»: لو كـفل رجل بنفقة الزوجـة أبدا ما دامت الزوجية جاز وعليه الفتوى.

ويلاحظ أن النفقـة المستقـبلة يجوز الكفالـة بها مع أنها لم تصـر دينا أصلا وهذا استحسان ويلزم الكفـيل حينئذ بما يفرض لها[1]، وفى ابن عابدين: قال لامرأة: كفلت لك بالنفقة أبدا يلزمـه النفقة ما دامت فى نكاح زوجها. ولو قـال لها ما دمت فى نكاح زوجك فنفقتك على لزمته الكفالة، فإذا مات أحدهما أو انتهى النكاح بأى سبب لا تبقى الكفالة[2].

وإلى صحة ضمان نفقة الزوجة مطلقا ذهب الشافعى فى أحد قوليه والقول الآخر لا يصح ضمانهـا إذا كانت مستقبلة وإنما يصح ضـمان الماضية والحاضرة لوجـوبهما فى الذمة. وإلى هذا ذهب الشيعة الجعفرية.

ثانيا: أن يكون المكفول به واجـبا فى الذمة عند الكفالة به أو مـآله إلى الوجوب ذهب إلى ذلك الحنفية والمالكـية والحنابلة وهو أحد قولين عند الشافـعى. ولا يشترط أن يكون معلوم المقدار عند الكفـيل، وخالف فى ذلك الشافعى فاشـترط أن يكون ثابتا فى

---

(١) ابن عابدين جـ٤ ص٢٣٠ وص ٢٩٣.

(٢) الخانية ص٢٩٤.

الذمة عند الكفالة معلوم المقدار لدى الكفيل فى قوله الجديد خلافا لقوله فى القديم.

كفالة الدين الموعود به:

وعلى ذلك جازت الكفالة بالدين الموعود به وإن لم يكن موجودا عند الكفالة لأن مآله إلى الوجوب، وذلك كأن يقول شخص لآخر: أقرض فلانا وأنا كفيل بما ستقرضه إياه من الدين، أو يقول له: أقرض فلانا وأنا كفيل بهذا الدين.

وقد ذهب إلى ذلك الحنفية والحنابلة والمالكية والشافعى فى القديم، والزيدية خلافا للناصرية والقاسمية منهم، وخالف فى ذلك الشافعية فى الجديد والشيعة الجعفرية وأهل الظاهر فلم يجوزوا الكفالة بما سيكون من دين موعود به.

أما الجعل فى الجعالة فأجاز الشيعة الكفالة به وكذلك الحنابلة والمالكية؛ لأنه التزام آيل إلى اللزوم، والشافعية أجازوا الكفالة به بعد الفراغ من العمل لا قبله فى أحد قولين لهم؛ لأنه غير آيل للزوم بنفسه بل بالعمل[1]، وفى «المبسوط» من كتب الشيعة لا يصلح ضمان المجهول ولا ضمان ما لم يجب، وهو قول الشافعى فى الجديد.

وكذلك جازت الكفالة بالدين إذا كان مجهول المقدار عند الجميع خلافا للشافعى فى مذهبه الجديد والثورى والليث بن سعد وابن أبى ليلى وابن المنذر وأهل الظاهر والشيعة، غير أن الحنابلة يشترطون عند الكفالة بالمجهول أن يكون مآله إلى العلم بمقداره، كما إذا قال شخص لآخر: كفلت لك بمالك قبل فلان ولا يعلم مقدار ذلك، أما إذا كان بخلاف ذلك فلا تصح الكفالة كأن يقول له كفلت لك ببعض مالك قبل فلان، والوجه فيه ظاهر.

ووجه ما ذهب إليه الشافعى من عدم صحة الكفالة بالدين قبل ثبوته فى أحد قوليه أن الكفالة ضم ذمة إلى ذمة فى الدين، والدين قبل ثبوته لا تشغل به ذمة فلا يتحقق لذلك معنى للكفالة وهو ضم ذمة إلى ذمة فيه، ووجهه فى عدم صحة الكفالة بالمجهول أن الكفالة التزام دين فى الذمة والتزام المجهول غرر ينهى عنه الشارع فوجب أن يكون معلوما حتى يكون الملتزم على بينة من أمره ومن قدرته على الوفاء وحتى يكون التزامه مستوجبا للثقة والاطمئنان.

---

(١) دردير جـ٣ ص٢٢٤ والمغنى جـ٥ ص٧٢ والبدائع جـ٦ ص٦ وتحرير الأحكام جـ١ ص٢ والمنتزع جـ٤ ص٢٦١، والفتح جـ٥ ص٤٠٣ ونهاية المحتاج جـ٤ ص٤٢٧.

ووجه قول الجمهور فى صحة الكفالة بالدين قبل ثبوته أن معنى الكفالة يتحقق عند ثبوت الدين، وصحة الكفالة معلقة[١] يقتضى صحتها بما سيثبت فى الذمة من الدين؛ إذ المال فى الحالين واحد. فأما صحتها بالدين مجهولا فذلك؛ لأنها من قبيل التبرع والتبرع لا يعيبه الجهالة كما فى النذر، وقد جرى بها العرف وحاجة الناس تدعو إلى ذلك ولذا جرى به العرف ويظهر لى من الرجوع إلى عبارة من ذهب إلى جواز الكفالة بالدين الموعود به أنهم يريدون أن تكون الكفالة به معلقة على ثبوته أو فى معنى المعلقة على ثبوته كما يظهر من تمثيلهم إذ يمثلون لذلك بأن يقول الكفيل بايع فلانا وأنا ضامن الثمن، أو ما بايعت فلانا كذا فأنا كفيل بما يثبت لك فى ذمته من المبايعة، أو أقرض فلانا وأنا كفيل بالقرض أو إن أقرضت فلانا كذا فأنا به كفيل ونحو ذلك من الأمثلة ولم يخرجوا عن هذا المعنى، إلا ما جاء فى كتاب «منتهى الإرادات» من كتب الحنابلة من أنه إذا قال شخص لآخر: كفلت بما تداين به زيدا صحت الكفالة على أن ذلك قد يرى أنه معنى قوله إن دايته فأنا كفيل به، فإذا أضفنا إلى ذلك أنهم يبطلون الكفالة بما لم يثبت من الدين فى الذمة، فى مثل أن يقول شخص لآخر: استأجر هذه الطاحونة وما أصابك من خسارة فعلىّ، أو اشتر من فلان على أن ما يصيبك من خسارة فى بيع ما اشتريته فعلىّ فقد قالوا: إن الكفالة فى هذه الصور باطلة لأنها كفالة بدين معدوم غير موجود ولا موعود به (هندية) إذا راعينا هذا تبينا أنهم لا يرون صحة الكفالة بكل دين مستقل لم يكن ثابتا فى الذمة عند إنشاء الكفالة وإنما يريدون صحتها بدين علقت على سبب ثبوته حقيقة أو معنى[٢]. ومع هذا لم أجد من نبه إلى ذلك من الفقهاء رغم بحثى فى كتبهم[٣].

هذا، وقد أجاز القانون المدنى الكفالة بالدين المستقبل إذا حدد فيها المبلغ المكفول كما أجاز الكفالة بالدين الشرطى (فقرة أولى من المادة ٧٧٨ مدنى) ونصها:

---

(١) ذلك عند الحنفية والزيدية ورأى عند الحنابلة فى صحة تعليقها. ويلاحظ أن تعليقها عند الحنفية والمالكية يكون بالشرط الملائم، ولا يجوز عند الشافعية والشيعة، وأن الشافعية لا يرون صحتها إلا حال تنجيزها، وعلى ذلك لا يحتج عليهم بما ذكر.

(٢) هندية جـ٣ ص٢٧٢.

(٣) هل يمكن أن يقال أن الكفالة بالدين الموعود به هى فى كل أحوالها فى معنى المعلقة على ثبوته وفى التعليق على الثبوت يوجد السبب عنده، فتكون كفالة بدين ثابت، أما الكفالة بما لا وعد فيه من الديون كأن يقول الكفيل: أنا كفيل بما سيكون لك فى ذمة فلان دون سبق وعد فغير صحيحة - ولكن مع ذلك قد يرى أن فى ذلك وأمثاله معنى التعليق إذ المعنى إذا وجد لك دين فى ذمة فلان فأنا كفيل به.

«تجوز الكفالة فى الدين المستقبل إذا حدد مقدما المبلغ المكفول كما تجوز الكفالة فى الدين الشرطى».

ومثال الكفالة بالدين المستقبل أن يتقدم شخص بكفالة شخص فتح له بنك مصر مثلا اعتمادا فيكفله للبنك فيما يقرضه قبل أن يشرع فعلا فى الاقتراض من هذا الاعتماد أو أن يكفل شخص زوجته لمحل تجارى فى ثمن ما ستشتريه زوجته منه من بضائع، ففى هذه الأحوال يشترط أن يكون المكفول به فى حدود الاعتماد الذى فتحه بنك مصر للمكفول عنه حتى لا يتجاوزه التزام الكفيل، وأن يحدد ثمن ما ستشتريه الزوجة من البضائع حتى لا يستغل المدين هذه الكفالة فيرهق الكفيل بما لم يكن يظهر أن سيصل التزامه إليه، وفى ذلك من الضرر ما يخفى، وكذلك أجاز القانون الكفالة بالدين الشرطى ومثاله أن يقول شخص لآخر: إذا أقرضت فلانا ألف جنيه فأنا كفيل بها، أو إذا بعت لفلان منزلك بأربعة آلاف جنيه فأنا كفيل بها، ولا شك أن هذه كفالة بدين مستقبل. والمفهوم أن الدين الشرطى دين مستقل. وعلى ذلك فلابد من تحديده بناء على الفقرة الأولى من المادة.

والقانون على هذا لم يخرج عما ذهب إليه فقهاء الشريعة مما شرحناه قبل إلا فى اشتراطه تحديد الدين، وقد ذهب فى ذلك مذهبا حسنا بعدا عن الجهالة والغرر.

ومما يدل على أنها تصح بالدين المجهول أنها تصح مع التعليق بالغرر والخطر كما فى الكفالة بالدرك وهى جائزة عند المالكية، وجهالة الدين المكفول به دون ذلك خطرا لأنه فى الواقع معين، بل قد أقرها الكتاب العزيز فى قوله تعالى: ﴿ ... وَلِمَن جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ ﴿٧٢﴾ ﴾ [يوسف] وحمل البعير مجهول المقدار إذ يختلف باختلاف البعير وقوته. وقد يرد على هذا بأن حمل البعير قد يكون وزنا معروفا. أو كيلا معهودا عندهم؛ وإذا صحت الكفالة بالمجهول كان الخيار للضامن فى تعيينه إذا لم يكن مقدرا فى واقع الأمر كما فى الكفالة ببعض دين فلان فيلزم بالبيان، وبناء على ما ذكر تصح الكفالة بالديون على اختلاف أسبابها كثمن البيع والقرض والمهر والجعل فى الجعالة، وقيم المتلفات وأرش الجناية وقيمة المغصوب ودين السلم على رأى؛ خلافا لمن ذهب إلى عدم صحة كفالته للنهى عن أن يستبدل به شىء قبل قبضه، وما يدرك المبيع من استحقاق وغير ذلك من الديون الثابتة أو التى ستثبت.

ثالثا: ذكر الحنفية زيادة على ما تقدم ألا يكون الدين المكفول به مستحقا بعضه للكفيل وألا يكون له حق طلب أدائه وبنوا على ذلك عدم صحة الكفالة إذا ما كفل الوكيل بالبيع لموكله المشترى بثمن ما باعه ذلك؛ لأن الكفالة التزام بالمطالبة وبكفالته بالثمن صار ملتزما ومطالبا به بمقتضى هذه الكفالة فى حين أنه بمقتضى وكالته فى البيع له حق اقتضاء الثمن من المشترى ومطالبته به، ولهذا لا يجوز أن يكفله لأنه حينئذ يكفله لنفسه ولا فائدة فى ذلك لأنه لا يتصور منه مطالبه لنفسه بمقتضى كفالته وإلى ذلك فإن الثمن إذا صار إلى يد الوكيل كان أمانة بحكم وكالته ولو صح ضمانه لصار مضمونا بحكم الضمان، وهذا غير جائز لأن فى ذلك جمعا بين وصفين متنافيين هما الأمانة والضمان.

وجاء فى «ابن عابدين» ما ملخصه:

إن الكفالة كما تكون بالمال قد تكون كذلك بتسليم المال وتقاضيه دون أن تكون بالتزامه وذلك ظاهر فيما جاء فى «البحر» عن «التتارخانية» وهو: لشخص مال على رجل فقال آخر للطالب: ضمنت لك ما على فلان أن أقتضيه وأقبضه وأدفعه إليك، فقد قال ليس هذا على ضمان المال أن يدفعه ولو من ماله، إنما هو على أن يتقاضاه ويدفعه إليه إذا قبضه. وعلى هذا عرف الناس، ومن ذلك ما لو غصب شخص من مال رجل ألف دينار فقاتله المغصوب منه ليأخذها، فقال له آخر لا تقاتله وأنا ضامن لك آخذها منه وأدفعها إليك لزمه ذلك، ولو استهلك الغاصب الألف وصارت دينا كان عليه ضمان التقاضى منه فقط. فمثل هذا ليس كفالة بالدين نفسه ولكن بتقاضيه ثم بتسليمه، وبهذا علم أن الكفالة بالدين نوعان: كفالة بنفس الدين وكفالة بتقاضيه، والكفالة بالتقاضى كالكفالة بالنفس والكفالة بالتسليم فى الأعيان. أقول: وعلى ذلك فالفرق بين هذا النوع من الكفالة والوكالة بالتقاضى هو لزوم الكفالة وعدم لزوم الوكالة وإجبار الكفيل وعدم إجبار الوكيل[1].

كفالة الأعيان:

وإذا كان المكفول به عينا فقد تكون العين من الأعيان المضمونة بنفسها، كالأعيان المغصوبة والمبيع بيعا فاسدا والمهر فى يد الزوج وبدل الخلع والمقبوض على رسوم الشراء، وقد تكون من الأعيان المضمونة بغيرها كالمبيع فى يد البائع فإنه مضمون بالثمن والرهن

(١) حاشية ابن عابدين جـ٤ ص٢٩٢.

فى يد المرتهن فإنه مضمون بالدين إذا كانت قيمته لا تزيد عليه وإلا كان مضمونا بقدر قيمته من الدين، وقد تكون أمانة غير مضمونة كالوديعة والعارية.

ويرى الحنفية صحة ضمان **النوع الأول** والارتهان به ويترتب على ضمانه إلزام الكفيل بتسليمه ما دام قائما فإذا هلك ألزم ضمان مثله إن كان مثليا أو قيمته إن كان قيميا.

أما النوع الثانى فيجوز ضمان تسليمه فقط وإذن تكون الكفالة فى هذه الحال كفالة بفعل هو التسليم فيلزم بتسليمه ما دام قائما، فإذا هلك سقطت الكفالة ولم يلزم الكفيل بشىء كما فى الكفالة بالنفس عند موت المكفول بإحضاره - ووجه سقوط الكفالة بهلاكه أنه إذا هلك هلك على صاحب اليد بما هو مضمون به، فالمبيع مضمون بالثمن، فإذا هلك فى يد البائع سقط الثمن عن المشترى، والرهن مضمون بالدين فإذا هلك سقط الدين عن الراهن فى حدود قيمة الرهن فلا محل إذن لمطالبة الكفيل بشىء بعد سقوط مطالبة الطالب للمكفول عنه.

والنوع الثالث وهو ما يعد أمانة فى يد حائزه قسمان:

قسم واجب تسليمه على صاحب اليد على معنى أن عليه أن يسعى إلى تسليمه إلى مالكه وذلك كالعارية فى يد المستعير والعين المستأجرة فى يد المستأجر(١) وهذا القسم تجوز الكفالة بتسليمه لوجوب التسليم على صاحب اليد فإذا هلكت لم يلزم الكفيل بشىء أيضا لأنه يهلك مجانا لكونه أمانة.

وقسم لا يجب على صاحب اليد أن يسعى إلى تسليمه بل على المالك أن يسعى إلى ذلك. وهذا القسم لا تجوز الكفالة بتسليمه كما لا تجوز بقيمته إذ ليس شىء منهما مضمونا أو واجبا على صاحب اليد، ولا كفالة إلا بما هو واجب. ومن هذا القسم الودائع وأموال المضاربة والشركات.

وذهب الزيدية إلى جواز الكفالة بتسليم العين المضمونة، فإذا كفل كفيل بعين مضمونة كالمغصوب والعارية المشترط على المستعير ضمانها وكذلك الشىء المستأجر المشترط على المستأجر ضمانه كان ملزما بتسليمها عند وجوب ذلك التسليم، ولا يلزم بأداء قيمتها عند هلاكها إلا أن يشترط ذلك فى الكفالة عند تعذر تسليم عينها - أما إذا كانت أمانة فلا يصح ضمانها عند الزيدية إجماعا(٢). وإلى هذا ذهب الحنابلة والشيعة

---

(١) الفتح جـ٥ ص٢٩٠ والهندية جـ٣ ص٢٥٤.

(٢) المنتزع جـ٢ ص٢٦٢ و ٢٦٩، تحرير الأحكام جـ١ ص٢٢٠ وما بعدها من كتاب الغصب.

الجعفرية غير أنهم يرون إلزام الكفيل عند كفالته الأعيان المضمونة أن يسلمها ما كانت قائمة، فإذا هلكت ضمنها بمثلها إن كانت مثلية وبقيمتها إن كانت قيمية وإن لم يشترط ذلك الشرط فى الكفالة كما هو مذهب الحنفية. أما غير المضمون من الأعيان فلا تصح الكفالة به.

وذهب المالكية إلى أن الكفالة بالمال إنما تكون فى دين لازم فلا تصح فى معين، أى فى عين من الأعيان كما إذا ضمن مبيعا معينا على أنه إذا استحق لزمه عينه، وكذلك لا يصح ضمان الودائع والعاريات ومال القراض ومال الشركة على أنها إذا تلفت أتى بعينها لاستحالة ذلك - ولا تجوز فى الحدود والتعازير ولا فى قصاص لأن فائدة الحمالة أن يحل الضامن محل المضمون إذا تعذر أخذ الحق منه، وهذا المعنى متعذر فى الحدود لأن استيفاءها من الضامن لا يجوز، وإلى هذا ذهب الحنفية أيضا؛ ولكن إذا ضمن المعين على أنه إذا تلف بتعد أو بتقصير التزم بدفع قيمته أو مثله صح الضمان ولزم لأنها كفالة معلقة على ثبوت الدين، ويجوز تعليق الكفالة، وغاية ما فيها جهالة المكفول عنه ولا يضير ذلك عندهم خلافا للحنفية، إذ إن ذلك لا يجوز إلا عند تنجيزها لا عند تعليقها كما تقدم. وعلى هذا إذا ضمن عين المغصوب لم يصح ولكن إذا ضمنه على أنه ملزم بضمانه إذا تعذر رده صح الضمان، ونتيجة ذلك أن المالكية لا يرون ضمان الأعيان على معنى تسليمها بذاتها، وإلى هذا ذهب الشافعية والناصر من الزيدية[1]. وللشافعية قول آخر بجواز كفالة الأعيان المضمونة ذكره ابن قدامة فى «المغنى»، وفى المهذب للشيرازى: ضمان الأعيان المضمونة كالمغصوب والعارية، والبيع قبل قبضه فى جوازه وجهان بناء على القولين فى كفالة البدن أحدهما الصحة وعليه إذا هلكت العين فقد قال أبو العباس فيه وجهان أحدهما على الضامن ضمانها والثانى ليس عليه ضمانها وتنتهى الكفالة[2].

كفالة الأعمال:

جوز المالكية أيضا ضمان الأعمال الملتزم بها فى الذمة كعمل المساقى وعمل الأجير إذا لم يشترط عليه العمل بنفسه ومثله حمل دابة غير معينة. أما إذا اشترط على الأجير

(١) راجع الدردير والدسوقى جـ٣ ص٣٣٤ ومنح الجليل جـ٣ ص٢٤٩ والخرشى جـ٥ ص٢٨ والمذاق جـ٥ ص٩٨ والحطاب جـ٥ ص٩٨ ونهاية المحتاج جـ٤ ص٤٤١ وحاشية الصاوى جـ٢ ص١٣٨.

(٢) المهذب جـ١ ص٣٤٦.

أن يعمل بنفسه أو اشترط حمل دابة معينة فـلا يصح الضمان لاستحالة استيفاء ذلك من الضامن، وإلى هذا ذهب الحنفية وكذلك جوز الشافـعية الكفالة بالعمل الملتزم فى الذمة بالإجارة أو بالمساقاة(١).

ضمان الدرك:

ويجوز عند الشافعية أيضا ضمان الدرك وهو ضـمان الثمن للمشترى إذا ما قبضه البائع حتى إذا ظهر أن المبـيع مستحق أو مأخوذ بالشفعة أو رده المشـترى بعيب كان على الضامن ضمـان الثمن للمشتـرى - وضمان المبيع للبـائع إذا ما تسلمه المشـترى ثم ظهر الثمن عند تعيينه مستـحقا أو معيبا، ويسمى هذا الضمان بضمان العـهدة أيضا، ومتعلقه عين المبيع أو عين الثمن ما بقى المضمون منهما وتيسير رده وإلا كان متعلقا بيد لهما وهو المثل أو القيمـة على حسب اختلاف المضمـون. ونتيجة ذلك أن ضمان العـهدة يعد من ضمان العين عند بقاء المضمون ويعد ضمان ذمة عند تلفه أو تعذر رده، وقد جوز لمسيس الحاجـة إليه، وظاهر أنه لا يعد من قـبيل ضمـان ما لم يجب مطلقا لظهـور وجوب رد المضمون وجوبا مستندا إلى الماضى عند وجود السبب(٢).

بيان حكم الكفالة بالالتزام الباطل:

ظهر لنا مما سـبق أن الكفالة لا تصح إلا بما هو واجب فـى الذمة، وعلى هذا لا تصح كفـالة المجنون ولا الصبى الذى لا يميـز فى ثمن ما يشـتريه لأن تصـرفه باطل لا يترتب عليه شغل ذمته، ولكن تصح كفالته فيما يتلفه من أموال غيره إذا لم يسلط عليها لأن أفعاله مضمـونة، فإذا أتلف مالا وجب عليه ضمان مثله أو قيـمته وكذلك لا تصح كفالة ما تتلفه الحيوانات من الأموال إذا لم يتـرتب على ذلك تضمين مالكها لأن أعمالها حينئذ جبار، فقد روى عن أبى هريرة أن رسول الله ﷺ قـال: «العجماء جرحها جبار» فلا يترتب عليها ثبوت دين.

أما كفالة الصبى المميز فيما يشتريه أو كفالة المحجور عليه للسفه فى ذلك فعند من يرى من الفقهاء كالحنفية أهليتهما لمباشرة هذا التصرف ونفاذه بالإجارة ممن له الولاية فإن

---

(١) نهاية المحتاج جـ٤ ص٤٢٤.

(٢) نهاية المحتاج جـ٤ ص٤٢٥ و ٤٢٦.

الكفالة بذلك تصح إذا أجاز الشراء من له حق إجازته، أما إذا بطل لعدم إجازته فإن الكفالة لا تصح به، وعند من يرى أن تصرفهما كتصرف المجنون لا صحة له، ولا ينقلب صحيحا كالشافعية فإن كفالة كل منهما فى ثمن ما يشتريه تعد باطلة أما قبل الإجازة فالعقد موقوف وإذن لا دين.

وذهب المالكية إلى أن ما أخذه السفيه أو اقترضه أو اشترى به شيئا إن كان ذلك مما لابد له منه صح ضمانه لأنه يلزمه فى ذمته ويرجع عليه فى ماله، وعلى ذلك يرجع عليه الضامن فى ماله إذا أدى عنه.

أما إن كان مما لا يلزم له فكفل به رشيد، فإن الحكم فى ذلك يختلف فإن كان الضامن لا يعلم أنه محجوز عليه والمضمون له يعلم ذلك لما تصح الكفالة اتفاقا ولا يلزم الضامن لأنه ضمن ما لا يجب وهو لا يعلم ذلك، وقد أقدم على الضمان على زعم أنه ضمان لواجب. وإن كان الضامن هو الذى يعلم بأنه محجور عليه والمضمون له لا يعلم ذلك صحت الكفالة ولزم الكفيل ما ضمن اتفاقا؛ لأن إقدامه على الكفالة مع علمه بعدم وجوب الدين يعد تبرعا منه بهذا الدين للمضمون له فيلزمه ذلك تجنبا لخداع المضمون وغدره. أما إذا كانا يعلمان ذلك جميعا أو يجهلانه فعند ابن القاسم تصح الكفالة فى الحالين ويلزم الكفيل ما ضمن، وعند ابن الماجشون لاتصح ولا يلزمه فى الوجهين ما ضمن. أما وجهة قول ابن الماجشون فظاهر وهو أن الكفالة غير صحيحة لأنها كفالة بما ليس واجبا، وأما وجهة ابن القاسم فهى أن الكفيل حال علمه بالحجر أقدم على الكفالة فكان ملتزما بالمال متبرعا به فيلزمه، أما فى حال الجهل بحال المكفول عنه فلعل وجهه أن الكفالة من الكفيل حال جهالة المكفول له بالحجر قد يكون من نتيجتها أنه قد استوثق بهذه الكفالة على أساس أنها كفالة صحيحة ولولاها لكان له إجراء آخر مع المدين، وفى إبطالها إضرار بالمكفول له وليس فى تصحيحها إلزام الكفيل بما لم يقدم على التزامه فوجب لذلك أن يترتب عليه أثرها إقرارا للمعاملات(١).

ثم إذا أدى الضامن عن السفيه دينه فى هذه الأحوال الأربع لم يرجع فى مال السفيه لعدم وجوب ذلك على السفيه ابتداء، وذكر اللخمى من فقهاء المالكية أن كفالة المولى عليه إذا كانت مشروطة فى أصل عقد الدين، وكان الكفيل والمكفول له عالمين

---

(١) يقال أن إقدامه فى هذه الحال إقدام على ما يعتقد أنه له حق الرجوع به فكيف يلزم بما ليس له حق فى الرجوع به - قد يخرج على نظرية إلزام بما التزم به.

بالحجر أو كـان الكفيل وحده هو العالم به كـانت الكفالة لازمة[١] وإن كان المكفول له عالما دون الكفيل كانت الكفالة ساقطة[٢] وإن كانا يجهلان جميعا فعلى وجهين[٣]، أما إذا كانت الكفالة بعـد العقد وهما يجهلان بالحـجر جميعا فـإنها تكون ساقطة[٤] «راجع الحطاب جـ٥ ص٩٦» أقـول - وليس يبعـد أن يكون إلزام الكفيل بما الـتزمه عنـد عدم وجوب الدين فى ذمـة المكفول عنه مرده إلى تبـرع الكفيل والتزامه بذلك لا إلى صـحة الكفالة إذ إنها لا تكون إلا بدين ثابت.

أما التشريع الوضعى فيـفرق فى الحكم بين التزام باطل بطلانا أصليا والتزام باطل بطلانا نسبيا، فإذا كان الـتـزام المكفول به باطلا بطلانا أصليا تكون الكفالة باطلة، أما إذا كان باطلا بطلانا نسبيـا فإن الالتزام الأصلى فى هذه الحال يعتبر صحـيحا ومنتجا لآثاره إلى أن يحكم بإبطاله، وعلى هذا تظل الكفـالة به صحيـحة كذلك حـتى يحكم بإبطاله فتبطل - على أن للكفـيل الحق فى هذه الحال فى طلب الحكم بإبطال الالتزام الأصلى، إما باسـم المدين بناء على المادتين (٢٣٥، ٢٣٦ مدنى)، وإمـا باسمـه هو بناء على المادة (١/٧٨٢ مدنى) التى تخول للكفيل الحق فى أن يتمـسك بجميع الأوجه التى يحتج بها المدين. وعلى ذلك فإن ذمـة الكفيل تبرأ بعـد تقرير بطلان الالتـزام الأصلى المكفول به ولكن المادة (٧٧٧ مدنى) تضمنت حكما اسـتثنائيا يقضى ببقاء الكفيل ملتـزما حتى بعد الحكم ببطلان الالتزام الأصلى متى كان سبب هذا الإبطال هو نقص أهلية المدين وكانت كفالته حاصلة بسبب هذا السبب فيه، وهذا نصها:

«من كفل التـزام ناقص الأهلية وكـانت الكفالة بسـبب نقص الأهلية كـان ملزما بتنفيـذ الالتزام إذا لم ينفذه المدين المكفول: ومـقتضى ظاهر المادة أن الكفالـة قد حدثت لتأمين المكفول له فإذا تبين أنها لم تكن لـذلك سرى عليها الحكم العام وهو البطلان[٥]، وهذا يتفق مع مذهب المالكية كما هو ظاهر.

---

(١) وهذا يتفق مع القول الأول وكلاهما يخـرج على ذلك التزام بالتبرع؟ ذلك هو الظاهر وفى هذا خلاف ابن الماجشون عند علمها جميعا.

(٢) وهذا يتفق أيضا مع ما سبق والوجه أنه لا دين وقد سبق أن عدم الصحة محل اتفاق.

(٣) أحد الوجهـين مبنى على نظرية الالتزام وهو صحـة الالتزام - والثانى مبنى على أن عـدم وجود دين وهو عدم صحة الالتزام وانتقاء التبرع لجهل الضامن.

(٤) لا يقال فى هذه الحال أن المكفول له لم يقدم على العقد إلا بعد أن كان لديه استيثاق من الكفيل فلابد من مراعاة ذلـك والقول بصحة الالتـزام تجنب لخداعه وغروره بل يقـال أنه قد سلط المحجور عليـه على ماله فوجب أن يتحمل تبعه ذلك ولذا كانت الكفالة ساقطة.

(٥) عبد الباقى ص٧٦-٨٠.

شروط الصيغة:

يشترط أن يكون قبول الكفالة عند من يجعله ركنا فيها فى مجلس الإيجاب لأن الكفالة من العقود المالية التى يشترط فيها اتحاد مجلس القبول والإيجاب، فإذا كفل إنسان دينا فى غيبة المكفول له فلم يقبل عنه فضولى لم يتوقف الإيجاب إلى ما وراء المجلس وبطل لذلك حتى إذا قبل المكفول له بعد المجلس لم تصح الكفالة - ولو قبل عنه فضولى جاز ذلك وتوقف نفاذ الكفالة على إجازتها من المكفول له، وللكفيل أن يرجع عن إيجابه قبل إجازة الكفالة من المكفول له كما للبائع أن يرجع عن إيجابه بالبيع قبل إجازته من المشترى، وخالف ذلك أبو يوسف فى قوله الأخير فذهب كما تقدم إلى أن الكفالة تتم بالكفيل وحده، وجد القبول من المكفول له أو من فضولى عنه أم لم يوجد، واختلف الحنفية فى التخريج على قول أبى يوسف هذا فقيل تجوز عنده متوقفة على إجازة المكفول له حتى لو رضى بها وأجازها نفذت وإلا بطلت؛ وذلك على أساس أن الكفيل يعتبر معبرا عن نفسه فى الإيجاب وفضوليا عن المكفول له فى اعتبار الإيجاب قبولا، فلذلك يتوقف العقد إلى ما وراء المجلس كرأيه فى غيرها من العقود، ويؤدى هذا إلى أن القبول ركن - وقيل تكون بعبارة الكفيل نافذة وللمكفول له بعد ذلك الرد إن أراد، وهذا هو أصح القولين وأظهرهما كما فى «فتح القدير»، ومؤداه أن القبول ليس ركنا.

الباعث على الكفالة:

لا يشترط جمهور الفقهاء أن يكون الباعث على الكفالة سببا مشروعا؛ وعلى ذلك لو أن خليلا كفل عن خليلته بدين عليها لآخر ليحظى باستمرار معاشرتها له وبقاء صلته بها وتبين ذلك من القرائن كانت الكفالة صحيحة ملزمة عندهم؛ لأنها مجرد التزام من الكفيل عند جمهور فقهاء الإسلام. وخالف فى ذلك بعض الحنابلة فذهبوا إلى إبطال كل عقد أو التزام تبين أن الباعث عليه أمر محظور محرم سواء تضمنت صيغة ما يدل عليه أم كان أمرا باطنيا معنويا وإن جاز ألا يحدث أو أن يتبدل؛ وذلك لأنه قد اتخذ وسيلة إلى أمر محظور محرم ولم يجعله الشارع وسيلة إلى ذلك وفى تصحيحه إعانة على المعصية والإعانة عليها بأى طريق محظور. وقد قال ﷺ: «وإنما لكل امرئ ما نوى» وهذا عام يعم العبارات وغيرها من المعاملات والأقوال والأفعال وهو دليل على أن من اتخذ البيع وسيلة إلى الربا فقد قارف الربا وليس يعصم منه صورة البيع ومن نوى بالزواج التحليل كان تيسا مستعارا كما دل على ذلك الحديث.

واختلف فى ذلك فقهاء التشريع الوضعى، فمنهم من ذهب هذا المذهب ومنهم من خالفه فذهب إلى أن الباعث الدافع إليها يجب أن يكون مشروعا وإلا كانت الكفالة باطلة، غير أنه يشترط لذلك أن يكون الدائن عالما بعدم مشروعية الباعث الدافع أو على الأقل كان فى مكتبة ومن اليسير عليه أن يتبينه والألم يفسد الالتزام وقد اشترط الفقه والقضاء هذا الشرط طلبا لاستقرار المعاملات وحماية للثقة المشروعة، و عموم المادة (١٣٦ مدنى) يقضى بأن التشريع المصرى يأخذ بالرأى الأخير إذ تقضى بأن كل التزام إرادى يجب أن يكون له سبب مشروع ومن ذلك الكفالة[1]. وهاك نص المادة ١٣٦ مدنى:

«وإذا لم يكن للالتزام سبب، أو كان له سبب مخالف للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلا».

حكم الكفالة:

يستعمل الفقهاء حكم العقد فى معنى من المعانى الثلاثة الآتية:

١- **ما يوصف به العقد من وصف** يرجع إلى طلب الشارع له أو إلى نهيه عنه فيقولون فى هذا المعنى حكم هذا العقد أنه واجب أو مندوب إليه أو حرام أو مكروه أو مباح، وعلى هذا الأساس يختلف حكم عقد الكفالة بحسب ما يصاحبه من ظروف فإذا كان فى إعانة على خير كان مندوبا إليه كأن تكفل من يطلب مالاً فى سبيل بر، وأنت ترى من حاله أنه قادر بعد حين على الوفاء به وفى كفالته إعانة له على هذا البر والخير، **ويكون واجبا** إذا كفلته فى مال يسد به جوعا يؤدى به إلى المخمصة.

ويكون حراما إذا كفلته فى مال يريد إضاعته فى المحرمات، ومكروها إذا ما كفلته فى مال يريد إنفاقه فيما لا حاجة به إليه، ويرى الشافعية أنه سنة فى حق قادر عليه آمن من عائلته إذا كان فى دين لم ينفق فى شر.

٢- **ما يوصف به العقد من وصف** يرجع اعتبار الشارع له وعدم اعتباره أو إلى ما له من قوة ملزمة لطرفيه، وفى ذلك قد توصف الكفالة بأن حكمها البطلان لفقدان شرط من شروط انعقادها أو بأن حكمها الفساد لفقدان شرط من شروط صحتها فيقال أنها باطلة أو فاسدة؛ وذلك لأن الشارع لا يعتبرها فى هذه الحال ولا يترتب عليها أثرا.

---

(١) راجع التأمينات الشخصية والعينية للدكتور عبد الفتاح عبد الباقى ص٦٩، ٧٠.

ويقال أنها صحيحة لاعتبار الشارع إياها بأن رتب عليها آثارها كما يقال أيضا أنها نافذة أوموقوفة إذا ترتب عليها آثارها أم لم تترتب.

وعلى هذا الأساس يقال على العموم أن عقد الكفالة غير لازم من جهة المكفول له فيستبد بفسخها وإنهائها وذلك بإبرائه الكفيل من الكفالة لأنها خالص حقه ولازم بالنسبة للكفيل فلا يستبد بفسخها ولا بإنهائها إلا برضا المكفول له - وليس بتوقف شىء من ذلك على رضا المكفول عنه - وهذا حكم متفق عليه لا يخالف فيه فقيه، وعلى ذلك فهى عقد ملزم لجانب واحد وهو الكفيل كالرهن فإنه عقد لازم بالنسبة إلى الراهن وحده وعلى هذا أيضا التشريع الوضعى.

وقد استثنى من ذلك كفالة الكفيل بالدين إذا كانت معلقة على سبب وجوبه كما إذا قال له بايع فلانا وأنا كفيل بالثمن فأجاز الحنفية للكفيل فى هذه الحال أن يرجع عن الكفالة بشرط أن يكون ذلك قبل المبايعة، وبشرط أن يعلم المكفول له برجوعه قبل الإدانة حتى لا يقع فى الضرر، ولا يشترط أن يعلم بذلك المكفول عنه، ويعد من الرجوع أن ينهاه الكفيل عن المبايعة قبل تمامها، فقد جاء فى «الهندية عن التتارخانية» ولو رجع الكفيل عن الضمان قبل المبايعة أو نهاه عنها لم يضمن[(١)]، وكذلك يصح للكفيل أن يرجع عن الكفالة المضافة قبل حلول وقتها، ففى الهندية: ولو ضمن أجرة كل شهر فى الإجارة فله أن يرجع فى رأس الشهر، ثم علل ذلك بأن للكفيل أن يرجع عن الكفالة المستقبلة[(٢)]، ونقل ذلك عن «الاختيار وشرحه المختار» وفيه: ولو ضمن لامرأة عن زوجها بنفقة كل شهر جاز وليس له الرجوع عن الضمان فى رأس الشهر، ولو ضمن أجرة كل شهر فى الإجارة فله أن يرجع فى رأس الشهر[(٣)]. والفرق أن السبب فى النفقة لم يتجدد فى رأس الشهر بل تجب فى الأشهر كلها بسبب واحد «هو العقد» وسبب الأجرة فى الإجارة يتجدد فى كل شهر لتجدد العقد فله أن يرجع عن الكفالة المستقبلة، ولأن النفقة فى الزوجية تجب بالعقد بشروط وجوبها وقد جازت الكفالة بها استثناء قبل أن تصير دينا فى الذمة بفرضها وحلول وقتها مع أن وجوبها فى ذمة الكفيل منوط بوجوبها وثبوتها فى ذمة الزوج، وعلى ذلك كانت الكفالة بها عند إنشائها فى معنى

---

(١) التتارخانية جـ٣ ص٢٧٢.

(٢) الهندية جـ٣ ص٢٨٩.

(٣) المختار جـ٢ ص٦٥.

الكفالة المضافة إلى وقت ثبوتها فى ذمة الزوج وهى لازمة لا يجوز للكفيل الرجوع عنها تنزيلا للنفقة المستقبلة فى هذه الحالة منزلة الدين الحال لتحقق سببه وهو العقد.

أما كفالة الإجارة فـهى كفالة لدين لا يثبت إلا باستيفاء المنفعة والعـقد فيها الذى هو السبب يتجدد بتجدد الوقت فلا تعد الأجرة دينا وجد سببه عند إنشاء الكفالة ومن ثم كانت كفالة بدين مستـقبل لم يتحقق سببه فكانت مضافة فى مـعناها وجاز فيها الرجوع قـبل الوقت أى قبل وقت الوجـوب والشروط الـتى اشتـرطوها فى جواز الرجـوع عن الكفالة بالدين المستقبل يتأتى تحقيقها فى هذه الكفالة؛ ذلك لأن إجارة الأعيان مشاهرة - مثل أن يؤجـره داره كل شهر بكـذا - صحيـحة لازمة فى الشـهر الأول فقط دون بقـية الشهور التالية لأنـها فى الشهر الأول منجزة وفى غيره مضافـة وفى لزومها خلاف فلكل من العاقدين حق الفـسخ، وذلك عند تمام الشهر ويجب أن يكون بمحضر من صـاحبه، والفساد فيها لجهالة المدة. ويثبت حق الفسخ فى الليلة الأولى من الشهر ويومها وبه يفتى وقيل فى أول ساعة منه ومشى عليه القدورى[١].

وكما يجـوز أن يرجع عن الكفالة بالدين المستقبل يـجوز له أن يرجع عن الكفالة المعلقة إذا ما رجع قبل تحقق الشـرط الذى علقت عليه الكفالة وأعلن المكفول له بذلك، ويدل على هذا ما فى «الفتح» عند كـلامه على قول الكفيل ما بايعت فـلانا فعلى، قال ولو رجع الكفيل عن هذا الضمان ونهاه عن المبـايعة صح حتى لو بايع بعد ذلك لم يلزم الكفيل شىء[٢]. ولكن لا يجوز رجوع الكفيل عن كفالة بدين مـؤجل لأنها كفالة قائمة فعـلا وإنما صح رجوعـه في الكفالة المسـتقبلة؛ لأن لـزوم الدين إنما يكون بعد المبـايعة واستحقاق مطالبة الكفيل، فأما قبل ذلك فهو غير مطالب بشىء ولا ملتزم فى ذمته شيئا فيصح لذلك رجوعه؛ يوضحه أننا بعد المبـايعة إنما أوجبنا المال على الكفيل دفعا للضرر عن الطالب لأنه يقول إنما اعتمـدت على كفالتك حين بايعت هذا الرجل وقد اندفع هذا الضرر حين نهـاه عن المبايعة أو حين رجع عن الكفـالة فأعلمه برجـوعه[٣]، ويفهم من عبـارات بعض الكتب الأخـرى أنه لا يشتـرط فى صحـة الرجوع أن يرجع وينهـاه عن المبايعة بل يكفى فيه أحدهما.

---

(١) راجع الدر المختار رواية ابن عابدين جـ٥ ص٣١.

(٢) الفتح جـ٥ ص٤٠٤.

(٣) البحر جـ٢ ص٢٢٨.

رأى المالكية:

والمالكيـة يجوزون للكفيـل أيضا الرجـوع فى الكفالة المترتبة على المعـاملة وهى الكفالة المعلقة عليـها وظاهر «المدونة» أنه يشترط فى صحة الرجـوع إعلام المكفول له[١] وفى المدونة قال شخص لآخر داين فلانا فمـا داينته فعلى فلم يداينه حتى أتاه فقال له لا تفعل فإنه قد بدا لى أيكون ذلك له أم لا؟ قال نعم حتى إذا داينه لم يلزمه شىء لرجوعه عن كفالته قبل المداينة[٢].

رأى الزيدية:

وكذلك رأى الزيدية فقد صححوا الكفالة بما سيثبت فى الذمة وهى الكفالة المعلقة نحو ما بايعت فلانا فأنا ضامن وجعلوا للكفيل أن يرجع عنها قبل ثبوت الدين، وأوجبوا أن يكون ذلك فى مواجـهة المضمـون له كمـا فى فسخ العقـود وإن كان ذلك فى غيـبة المكفول عنه[٣].

رأى الحنابلة:

وكذلـك أجاز الحنابلة للكفـيل أن يرجع عن ضمـان ما يئـول إلى الوجوب قـبل وجوبه لعدم اشتغال ذمته عند الرجوع - وسكتوا عن اشتراط إعلام المكفول له بذلك[٤]، وفى منتهى الإرادات وإذا قـال: ضمنت لزيد ما يديـنه بكرا أو ما يقر به أو مـا يثبت له عليه صحت الكفالة وله إبطال هذا الضمان[٥] قبل وجوب الحق لأنه إنما يلزم بالوجوب، ويؤخذ من هذا أن الضمان يبطل بموت الضامن قبل وجوب الحق.

أما الشـافعـية والشيعـة فقـد عـلمت أنهم لا يجوزون الكفـالة بدين لم يجب بعد.

---

(١) راجع الفـتاوى الهندية جـ٣ ص١٨٩ والفـتح جـ٥ ص٤٠٤ والهندية جـ٣ ص٢٧٢ والبـحر جـ٦ ص٢٢٨ والدسوقى جـ٣ ص٢٣٤.

(٢) المدونة جـ١٧ ص١١٠.

(٣) المنتزع جـ٤ ص٢٦٩.

(٤) كشاف القناع، جـ٢ ص١٧٦.

(٥) يلاحظ أن الكفالة فى هذه الصور ليست كفالة بدين مستقبل وإنما هى كفالة بدين قبل ظهور وجوبه وليس يبدو أن يفترق عن الدين الظاهر الثبوت والظاهر من التعليل أنها كفالة بدين مستقبل وأن المعنى ضمنت ما سيداين به فلانا أو ما سيقر به أو ما سيثبت عليه بسبب معاملة مستقلة. منتهى الإرادات جـ٢ ص١٠٨.

التشريع الوضعى:

وأما القانون المدنى فـقد نص فى مادته ٧٧٨ على جواز الكفالة بالديون المستقبلة بشرط أن يحدد فيها المبلغ المكفول به كما قدمنا ونصها: «تجوز الكفالة فى الدين المستقبل إذا حدد مقدما المكفول كما تجوز الكفالة فى الدين الشرطى، على أنه إذا كان الكفيل فى الدين المستقبل لم يعين مدة الكفالة كان له فى أى وقت أن يرجع فيها مادام الدين المكفول لم ينشأ، أى وذلك حتى لا يترتب على الرجوع ضرر».

وقد أجازت الفقرة الثانية للكفيل أن يرجع عن كفالته فى أى وقت ما دام أن الدين المكفول به لم ينشأ، وهذا إذا لم يعين الكفيل مدة لكفالته تنتهى بانتهائها، أما إذا عين مدة لكفالته كأن كفل لمدة سنة من اليوم تنتهى كفالته بانتهائها فلا يجوز للكفيل فى هذه الحال أن يرجع عن كفالته ولو كان رجوعه قبل نشوء الدين. والحكمة فى جواز رجوع الكفيل عن كفالته بالدين، المستقبل قبل نشوئه أن الكفالة لا تنشأ فى الواقع ولا يعد الكفيل ملتزما إلا بعد نشوء الدين وعلى ذلك لا تعتبر الكفالة قد تمت؛ وذلك لعدم وجود محلها وهو الدين المكفول به. ولعدم تمامها جاز للكفيل أن يرجع فيها ولكن بشرط أن يعلن المكفول له برجوعه قبل أن يتورط فى الإدانة بناء على الكفالة. وهذا الشرط وإن لم يصرح به فى المادة المذكورة إلا أن الغرض الذى هدف إليه المشرع من منح الكفيل حق الرجوع قبل نشوء الدين هو تمكينه من مراعاة حاله المالية وحال المدين قبل أن يتورط فى الالتزام وهى حالة قد تتطور وتتغير بعد إقدامه على الكفالة إلى ما يدعوه إلى العدول عنها وتلك كما يرى حماية استثنائية للكفيل، ولا يجوز أن يتخذ من هذه الحماية سبيلا إلى الإضرار بالدائن وهذا إذا لم يحدد الكفيل مدة لكفالته، أما إذا حدد مدة لكفالته فإنه بهذا التحديد قد التزم التزاما محدد الوقت أمام الدائن فلا يجوز له العدول عن هذا الالتزام؛ شأنه شأن إيجاب محدد الوقت فى عقد من العقود إلزاما له بالتزامه، وفى رأيى أن الالتزام بالكفالة قد تم بالارتباط به والتعاقد عليه بين الكفيل والمكفول له فى الحالين، فلا يجوز التفرقة بينهما فى الرجوع فإذا جاز للكفيل أن يرجع فى إحداهما كان الواجب كذلك أن يرجع فى الأخرى ما دام الدين المكفول به لم ينشأ بعد، وهذا ما ذهب إليه فقهاء الشريعة الإسلامية[1].

---

(١) قد يفرق بين الحالين بأن الكفيل حين تعيينه مدة لكفالته قد يتأتى له أن يتعرف عن حاله وظروفه المالية وظروف المكفول عنه فى تلك المدة وبناء على ذلك حددها، أما عند الإطلاق فليس من اليسير عليه أن يحيط بظروفه فى مستقبل غيرمحدود فكان له حق الرجوع إذا رأى أن حالته تستوجب ذلك.

٣- **الأثر المترتب على العقد** - وقد اختلف الفقهاء فيما يترتب على الكفالة من آثار.

فذهب أهل الظاهر والشيعة وابن أبى ليلى وابن شبرمة وأبو ثور إلى أن الأثر الذى يترتب عليها هو انتقال الدين من ذمة المدين المكفول عنه إلى ذمة الكفيل، وعلى ذلك تبرأ ذمة المدين فلا يكون للدائن أن يطالبه بالدين وإنما يطالب به الكفيل وحده.

وذهب الجمهور إلى أن الأثر الذى يترتب عليها هو شغل ذمة الكفيل بالدين الشاغل لذمة المكفول عنه مع بقائه شاغلا لذمة المدين «المكفول عنه» فيكون كل منهما مطالبا بالدين.

وذهب فريق من الحنفية إلى أن الأثر الذى يترتب عليها هو ثبوت حق مطالبة الكفيل بالدين المكفول به مع بقاء هذا الدين شاغلا لذمة المدين المكفول به مع بقاء حق مطالبته به ومع عدم شغل ذمة الكفيل به. وقد بينا ذلك فيما مضى، وفصلنا دليل كل رأى وما يوجه إليه من نقد. ويقتضينا هذا أن نفصل القول فى بيان حدود التزام الكفيل بالنسبة لهذه الآراء الثلاثة.

فعلى الرأى الأول - رأى الشيعة وأهل الظاهر - يترتب على الكفالة أولا براءة ذمة المدين الأصلى من الدين نهائيا، فلا يرجع عليه الدائن سواء أكانت الكفالة بأمره أم بغير أمره؛ وذلك عند أهل الظاهر إلا فى صورة واحدة وهى ما إذا قال المدين للكفيل اضمن عنى ما لهذا من الدين على فإذا أديت عنى فهو دين لك على فعندئذ يكون له أن يرجع عليه بما أدى عنه لأنه استقرضه ما أدى عنه بقوله فإذا أديت فهو دين على؛ وذلك قرض صحيح له أن يرجع به عليه حال حياته وأن يرجع به بعد وفاته فى تركته إذا أدى، أما فى غير هذه الحال فلا يرجع الضامن على المدين حال حياته ولا فى تركته بعد وفاته بشىء أبدا، وهذا عند أهل الظاهر. أما عند الشيعة الجعفرية فإن له حق الرجوع على المدين إذا أدى الدين عنه وكانت الكفالة بأمره كما سيأتى بيانه.

ثانيا: انتقال الدين إلى ذمة الكفيل بحالته ووجوب أدائه عليه ولا يجوز للمضمون له أن يرجع على المدين الأصيل ولا أن يطالبه بشىء من هذا الدين لسقوطه عنه ولا أن يطالب ورثته من بعده ليؤدوه من تركته سواء انتصف فوفى الدين أو لم ينتصف فلم يؤد إليه شىء، وهذا عند أهل الظاهر والشيعة جميعا.

وانتقال الدين بحالته إلى ذمة الضامن إذا كانت الكفالة به مطلقا، أما إذا كانت مقيدة أو مشروطة بشروط فإنه ينتقل إليها مع مراعاة هذه الشروط عند الشيعة.

وعلى ذلك إذا كان الدين حالا فكفله على أن يكون مؤجلا إلى أجل معلوم انتقل إلى ذمة الكفيل مؤجلا وذلك لرضا الدائن بتأجيله.

وكذلك إذا كان الدين مؤجلا فكفله حالا انتقل إلى ذمته حالا لاتفاقهما على إسقاط الأجل؛ غير أن الضامن لا يرجع على المضمون عنه إلا إذا أدى فعلا وانتهى الأجل الذى كان للمدين وكان للضامن حق الرجوع بأن كانت الكفالة بأمر المدين على ما سيأتى بيانه.

وكذلك إذا كان الدين مؤجلا فضمنه إلى أجل أزيد أو أنقص.

وإذا ضمن الحال مؤجلا فتوفى حل هذا الدين بوفاته وليس لورثته للرجوع على المضمون إلا بعد الأداء وانقضاء الأجل.

وليس لوفاة المضمون اعتبار فى حلول الدين.

ومن الشيعة من يرى عدم صحة كفالة الحال مؤجلا وعدم صحة كفالة المؤجل حالا ومنهم الشيخ الطوسى[١].

ولعل وجه ذلك أن هذا تغيير للدين، وإنما يتنقل بالكفالة ما كان فى ذمة المدين من دين على وضعه، والظاهر أن ذلك مذهب أهل الظاهر أيضا لذهابهم إلى عدم جواز تغيير وصف الدين من حلول إلى تأجيل أو من تأجيل إلى حلول بناء على أن ذلك اشتراط لشرط ليس فى كتاب الله[٢].

وبناء على ما تقدم يكون للدائن حق مطالبة الكفيل بأداء الدين فى محله «أى فى أجله» دون نظر إلى حال المضمون من ناحية المقدرة على مطالبته أو عدم المقدرة على ذلك، ودون نظر إلى قدرته على الوفاء أو عدم قدرته بل ليس للدائن مطالبة المدين الأصلى المضمون بالدين لبراءة ذمته بالنسبة له، وليس له أن يرجع عليه بشىء إذا لم ينتصف من الكفيل متى كانت الكفالة صحيحة مستوفية لشروطها ومنها ملاءة الكفيل أو علم الدائن بعسرته عند الشيعة.

ومذهب أهل الظاهر والشيعة فى ضمان المال قد يرى أنه يشبه إلى درجة ما يعرف فى التشريع الوضعى بالحلول الاتفاقى وهوما نص عليه فى المادة ٣٢٧ مدنى ونصها:

---

(١) توفى سنة ٤٦١هـ.

(٢) المحلى جـ٤ ص٨٤.

«للدائن الذى استوفى حقه من غير المدين أن يتفق مع هذا الغير على أن يحل محله ولو لم يقبل المدين ذلك. ولا يصح أن يتأخر هذا الاتفاق عن وقت الوفاء».

فإن هذه المادة تجيز أن يتفق الدائن مع أجنبى على أن يوفيه دينه قبل فلان ويحل محله فى هذا الدين سواء أقبل المدين ذلك أم لم يقبل، وليس يجوز أن يكون هذا الاتفاق بعد وفاء الدين بل يجب أن يكون معه أو سابقاً عليه وبناء عليه يوفى الأجنبى الدين ويحل محل الدائن فيه وفى كل ما لهذا الدين من خصائص وما يلحقه من توابع. وما يكفله من تأمينات، وما يرد عليه من دفوع، ويكون هذا الحلول بالقدر الذى أداه من ماله من حل محل الدائن «٣٢٩ مدنى» أو بالقدر الذى سقط من الدين نتيجة قيامه بالوفاء بناء على هذا الاتفاق.

وقد علمت أن أهل الظاهر لا يجعلون للضامن حق الرجوع على المدين بما يوفى، وهذه هوة كبيرة بين مذهبهم فى الضمان وبين الحلول فى التشريع الوضعى ويجعلون الضامن متبرعا بالوفاء ملتزما به، وكذلك الشيعة يوجد فرق كبير بين مذهبهم فى الضمان وبين الحلول، فإنهم وإن جعلوا للضامن حق الرجوع على المدين إذا كانت الكفالة والأداء بأمره - على ما سيأتى - لا يحلون الضامن محل الدائن فيما كان لدينه من خصائص وتوابع وتأمينات.

ثم يلاحظ مع هذا أن الحلول فى التشريع الوضعى لا يتحقق إلا بوفاء الدين فعلا بينما أن انتقال الدين إلى الضامن عند هؤلاء يتحقق بمجرد نشوء الالتزام بين الدائن والضامن.

ولكن الظاهر أن مذهب الشيعة يتفق مع طريقة تجديد الدين بتغير المدين فإن هذا التجديد ينهى الالتزام الأصلى وينشئ مكانه التزاما جديدا بتغيير المدين فيحل هذا الالتزام الجديد محل الالتزام الأصلى دون أن يكون له خصائص هذا الالتزام وتوابعه وتأميناته - وقد نصت المادة (٣٥٦ مدنى) على أنه «يترتب على التجديد انقضاء الالتزام الأصلى بتوابعه وإنشاء التزام جديد مكانه - ولا ينتقل إلى الالتزام الجديد التأمينات التى كانت تكفل تنفيذ الالتزام الأصلى إلا بنص فى القانون أو إلا إذا تبين من الاتفاق أومن الظروف أن نية المتعاقدين قد انصرفت إلى ذلك» ثم نص فى المادة ٣٥٨ على أنه «لاتنتقل الكفالة إلى الالتزام الجديد سواء أكانت عينية أم شخصية».

والتجديد بتغيير المدين يتم باتفاق الدائن مع أجنبى على أن يكون هذا الأجنبى مدينا مكان المدين الأصلى، وعلى أن تبرأ ذمة المدين الأصلى دون حاجة إلى رضائه -

أو إذا حصل المدين على رضـاء الدائن بشخص أجنبى يقل أن يكـون هو المدين الجديد. «م ٣٥٢ مدنى» وليـس من شك فى أن المدين الجديد يكون له بذلك حق الرجـوع على المدين الأصلى نتيجة لما تقضى به القواعد العامة.

رأى الجمهور:

وعلى الرأى الثانــى وهو رأى الجمهـور يترتب على الكفالة كـما قلنا شـغل ذمة الكفيل بالدين المكفول به فيصير ملتزما به مع بقاء التزام الأصيل به.

وعلى ذلك يتحدد التزام الكفيل بما كان يلتزم به الأصيل مع مراعاة ما تضمنه عقد الكفالة مع بيان وشروط لأن الكفيل لا يلزم إلا بما يلتزم به الأصيل وعلى ذلك يجب أن يكون التزامه فى حدود ما التزمه بعقده، فـلا يتجاوز التزامه هذه الحدود فإذا ضمن جزءا من الدين لم يلزم بغـيره من الأجـزاء الأخرى. وإذا كـفل بالدين لفـلان على أنه ألف جنيه، فظهـر أنه ألفان لم يلزم إلا بألف فـقط كما أن كـفالته بالدين لا تتناول مـا يغرم الدائن فى سبيل مطالبة الأصيل به أو مقاضاته به ونحو ذلك من النفقات.

التشريع الوضعى:

وخالف فى ذلك القانون المدنى إذ تنص المادة ٧٨١ منه على أنه «إذا لم يكن هناك اتفاق خاص فـإن الكفالة بالدين تشمل ملحـقات الدين ومصروفات المطـالبة الأولى وما يستـجد من المصروفات بعـد إخطار الكفيل؛ وعلى هذا يسأل الكفـيل عن الفوائد وعن الشرط الجزائى إن وجـد وعن التعويضات الناشئـة عن تأخير الوفاء وعن نفـقات المطالبة بالدين سواء أكـانت موجهة إلـى الأصيل أم إلى الكفيل وعن نفـقات التنفيذ؛ غـير أنه يلاحظ أن الكفـيل إنما يـسأل عـن نفـقـات المطالبـة الأولى الموجـهـة إلى الأصل وهى المصروفات التى يـنفقها الدائن فى بداية الإجراءات كـنفقات التنبيه بالـدفع ونفقات رفع الدعوى، أما النفقات الأخرى التى تنفق بعد قـيام الدعوى فلا يسأل عنها الكفيل إلا إذا كانت بعد إخطاره بحصول مطالبة المدين.

وكذلك لا تتعدى الكفالة ما حدد لهـا من زمن إذا كانت الكفالة مضافة إلى زمن مستقبل ولا ما حدد لها من وقت إذا كانت مؤقتة بوقت تنتهى بانتهائه كما بينا ذلك عند كلامنا على إضافة الكفالة وتوقيتها، وكذلك يراعى فيها تعليقها إذا ما علقت على شرط فلا يعد الكفـيل كفيلا إلا بعد تحقـيق هذا الشرط، فإذا علق الكفيل كفـالته على تقديم العميل رهنا وافيا بالدين أو على وفاة المدين لم يلزم بشىء إلا بعد تحقق ذلك.

حكم الكفالة بالدين مع الإطلاق:

وإذا كان الدين المكفول به مؤجلا فكفله الكفيل كفالة مطلقة لزمه مؤجلا، ولا يجوز أن يطالب به فى الحال، وكذلك الحكم إذا كان حالا لزمه حالا ولا يتأجل بالنسبة إلى الكفيل بعد ذلك إلا باتفاق خاص مستقل بينه وبين الدائن، وتأجيله للكفيل بناء على ذلك ليس تأجيلا للأصيل.

فى كفالة الدين المؤجل حالا أو مؤجلا أبعد أو أقل من أجله:

مذهب المالكية:

إذا كان لشخص دين مؤجل فى ذمة آخر فأعطاه المدين كفيلا على أن يؤخره دينه إلى أبعد من أجله بأن كان الدين مؤجلا شهرا فكفله على أن يكون مؤجلا إلى شهرين لم يجز ذلك عند مالك إلا بشرطه. أما إذا حل الأجل أو كان الدين حالا فكفله شخص على أن يكون مؤجلا إلى أى أجل قريب أو بعيد فذلك جائز وإنما لم تجز الكفالة فى **الحالة الأولى** لأن التأخير إلى أجل أبعد يعد سلفا جر منفعة للدائن هى توثيق دينه بالكفالة من الآن إلى حلول أجله الذى كان مؤجلا إليه ولم يكن موثقا فى هذه المدة. أما **الحالة الثانية** فهى بمنزلة من أسلف سلفا عن ظهر يد وأخذ به كفيلا وذلك جائز.

وإذا كفله شخص على أن يوفيه الآن أو قبل حلول أجله فذلك جائز؛ إذ لا تهمة حينئذ، كما لو كفله على وضعه وليس فيما تقدم إلا أنه عجَّل الدين قبل أجله وزاد حمالة وذلك لا بأس به.

جاء فى «المدونة»: قلت أرأيت إن أخذت منه حميلا قبل محل الأجل على أن يوفينى الدين قبل محل الأجل. قال: لا بأس بذلك لأنه لا تهمة ها هنا وكذلك الرهن، وكذلك إن أعطانى حميلا أو رهنا قبل محل الأجل على أن يعطينى حقى عند محل الأجل أيجوز ذلك أم لا؟ قال: لا بأس به، قلت: أرأيت إن أخذت منه حميلا قبل محل الأجل وكان دينى عليه إلى ستة فأعطانى كفيلا بحقى إلى ستة أشهر؟ قال: هذا لا بأس به لأن هذا لا تهمة فيه؛ ألا ترى أنه عجل الدين الذى عليه قبل محل الأجل وزاد مع ذلك حمالة هذا الرجل فلا بأس بذلك[1].

هذا ما جاء فى المدونة وإذا لوحظ أن هذا النص مطلق كانت كفالة الدين المؤجل إلى أجله أو إلى أقل منه أو كفالته حالا جائزة دون أن يقيد ذلك بقيد.

---

(١) المدونة جـ١٣ ص١٢٢.

ولكن جاء فى الخرشى وغيره كالشرح الكبير أن ضمان الدين المؤجل حالا إنما يلزم ويصح بشرطين: **أحدهما** إذا أسقط المدين حقه فى الأجل؛ لأنه إذا لم يسقط المدين حقه فى الأجل لم تصح الكفالة لأن الكفالة انضمام فى دين المدين، ودين المدين مؤجل فلا يكون حالا فى ذمة الكفيل، بينما هو مؤجل فى ذمة الأصيل. **ثانيهما** أن يكون هذا الدين مما يقضى على الدائن بقبوله الوفاء عند تعجيله لأنه إذا كان مما لا يقضى على الدائن بقبوله الوفاء المعجل كأن يكون طعاما أو عروضا من بيع فلا يجوز ضمانه حالا، وإن تنازل المدين عن حقه فى الأجل؛ لأنه لو جاز الضمان فى هذه الحال فأدى الدين فإن قبل الدائن الوفاء كان فى ذلك حط الضمان وأزيدك. والحط هنا بالتنازل من الدائن عن الأجل والزيادة بالتوثيق على أساس أنه قد لا يحصل الوفاء فعلا بعد الضمان، وإن لم يقبل الوفاء كان فى ذلك إضرار بالكفيل يشغل ذمته إلى الأجل وهو لم يرض بذلك.

وقد صورت مسألة ضمان المؤجل حالا بما يأتى: أن يكون لشخص دين مؤجل قبل آخر فأسقط المدين حقه فى الأجل وضمنه الكفيل على الحلول فإن هذا الضمان يصح ويلزم. ويظهر من هذا التصوير أنه يشترط فى صحة ضمان المؤجل حال نزول المدين عن حقه فى الأجل حتى يكون ذلك من قبيل ضمان الحال حالا، ومحل هذا إذا كان الدين مما يقضى بقبوله تعجيله كما تقدم.

رأى الشيعة وأهل الظاهر:

ذلك مذهب المالكية، ومن الشيعة من ذهب مذهب المالكية فى عدم جواز كفالة المؤجل حالا وذلك أيضا هو مذهب أهل الظاهر على ما يظهر.

رأى الحنفية:

وذهب الحنفية إلى جواز كفالة المؤجل حالا ويقتصر الحلول على الكفيل.

رأى الحنابلة:

وذهب الحنابلة إلى صحتها أيضا ولكن لا يصير بها الدين حالا بل يكون مؤجلا على الكفيل أى ويلغى وصف حلوله، وعندهم احتمال آخر بصحة كفالته حالا ويبقى حلوله على الكفيل.

أما الشافعية فلهم ثلاثة أقوال: قول يتفق مع الحنفية، وآخر يتفق مع الحنابلة، وقول بعدم صحتها كالمالكية.

كفالة الدين الحال مؤجلا

إذا كان لشخص دين حال فى ذمة آخر فكفله كفيل على وضعه فالكفالة صحيحة باتفاق الفقهاء على اختلاف مذاهبهم كما قدمنا. أما إذا كفله على أن يكون مؤجلا فقد اختلف الفقهاء فى ذلك.

ذهب الحنفية إلى أن كفالة الدين الحال على أن يكون مؤجلا صحيحة، وعند ذلك يتأجل على الكفيل والأصيل جميعا إلى الأجل الذى أجِّل إليه الدين فى ظاهر الرواية. وروى ابن سماعة عن محمد إلى أن التأجيل يقتصر على الكفيل وحده ويبقى الدين حالا على الأصيل؛ ذلك لأن عقد الكفالة إنما تضمن تأجيلا على الكفيل فقط فيقتصر عليه كما إذا كان التأجيل له بعد عقد الكفالة؛ إذ لا فرق بين الحالين فى أن ما تم الاتفاق عليه بين الدائن والكفيل هو تأجيل الكفيل دون تعرض لتجاوز هذا الأجل إلى الأصيل فيبقى الدين عليه كما كان.

ووجه ظاهر الرواية أن تأجيل الدين كان بمقتضى عقد الكفالة نفسه، وإذا كان فى عقد الكفالة وهو يقتضى إثبات الدين فى ذمة الكفيل كان الأجل صفة للدين وتغير به وصفه ووضعه فصار بسبب ذلك مؤجلا عليهما جميعا؛ لأنه دين واحد تغير وصفه بعقد تم بين الدائن والكفيل بخلاف تأجيله على الكفيل بعد عقد الكفالة؛ لأنه حين ثبت فى ذمته ثبت حالا، فإذا أجل بعد ذلك كان ذلك اتفاقا على تأخير المطالبة لا على إثبات دين مؤجل فى ذمة الكفيل. والفرق بين هذه الحال وحال كفالة المؤجل على أن يكون حالا إذ يبقى مؤجلا على الأصيل وحده أن الدائن لا يملك إسقاط الأجل على الأصيل وإلزامه بالدين حالا دون التزامه بذلك بخلاف إرجاء الدين والامتناع عن المطالبة إذ يملك ذلك الدائن لأنه خالص حقه.

وذهب الحنابلة إلى أن كفالة الدين الحال مؤجلا صحيحة ويكون التأجيل مقتصرا على الكفيل ويبقى حالا على الأصيل، وإلى هذا ذهب الشافعى فى أصح القولين عنده. والقول الآخر عنده عدم صحة كفالة الحال مؤجلا؛ لأن الكفالة التزام ما فى ذمة الأصيل، وما فى ذمة الأصيل دين حال لا مؤجل. ووجه القول الأول ما رواه ابن ماجه أن رسول الله ﷺ كفل دينا حالا مقداره عشرة دنانير على أن يكون مؤجلا شهرا. ولأن الكفالة عقد تقتضى إثبات دين فى ذمة الكفيل فيثبت فى ذمته على الوصف الذى تم عليه التعاقد، ولا مانع من أن يكون الدين فى ذمة أحدهما مؤجلا وفى ذمة الآخر حالا وذلك حاصل فى كثير من المسائل عند وفاة أحدهما والدين مؤجل إذ يحل بالنسبة له فقط.

وذهب المالكية إلى أنه يصح ضمان الدين الحال مؤجلا لأنه يعتبر سلفا بكفيل فى الحال غير أنه يشترط لصحته أحد شرطين:

أحدهما: أن يكون المدين موسرا ولو فى أول الأجل فقط وذلك لكى لا يصير سلفا جر نفعا وهو محظور؛ ذلك لأنه لو كان معسرا فى أول الأجل فإن تأجيله يعد سلفا جديدا وكان التوثيق فى هذه الحال نفعا جره هذا التأجيل؛ إذ الظاهر أنه لولا التوثيق ما كان التأجيل ولما كان الدين ثابتا قبل التوثيق بالكفالة وكان المدين معسرا لم يكن الدائن متمكنا حينئذ من استيفاء الدين وكان من الجائز أن يتوى عليه، فإذا وثق فى هذه الحال بكفيل كان ذلك نفعا له نظير تأجيله اندين أى نظير إقدامه على ما يعد إقراضا من جديد، وكأنهم أغفلوا مراعاة أن ذلك يعد إقراضا جديدا بكفيل؛ لأنه لم يكن فى الواقع إقراضا مبتدأ فى الحقيقة حتى يقال إنه ابتداء سلف بكفيل؛ وذلك للابتعاد عن الشبهة. أما إذا كان موسرا فى أول الأجل فإن الدائن يكون قادرا على الاستبقاء منه فى الحال فلم يكن له فى التوثيق عندئذ نفع.

ثانيهما: أن يكون معسرا فى أول الأجل بحيث لا يظن يساره فيه عادة وإنما صحت الكفالة فى هذه الحال لأن التأجيل فيها كعدمه لوجوب أنظار المدين فيها إلى ميسرته بنص الكتاب فلم يكن الأجل عندئذ فى معنى إقراض جديد بأجل، وإلى هذا ذهب ابن القاسم.

أما إذا كان يظن يساره عادة فى أثناء الأجل فلا تجوز الكفالة لإمكان استيفاء الدين عند يساره لو لم يؤجله فإذا أجله إلى ما بعد ذلك الوقت وأخذ كفيلا فإن تأجيله إلى ما بعده يعد سلفا فى نظير أنه أخذ كفيلا بالدين من الآن وهذا نفع له. أما إذا كان موسرا كل المدة أو معسرا كل المدة فإن التهمة فى أخذ الكفيل مع التأجيل تكون معدومة؛ لأنه فى حال اليسار لم يكن فى حاجة إلى التوثيق وفى حال الإعسار مرجأ إلى اليسار فلم يكن بحاجة إلى التأجيل - وعليه إذا صحت الكفالة بتوافر أحد شرطيها تأجل الدين بها على الأصيل والكفيل جميعا - وعند الشبهة العبرة بأول الأجل ولا نظر إلى العادة استصحابا للحال[(١)].

والنتيجة أن تأخير الدين على الأصيل تأخير على الكفيل وتأخيره للكفيل تأخير على الأصيل إلا إذا نص على أنه خاص بالكفيل وحده.

---

(١) الخرشى جـ٥ ص٢٥.

الخلاصة:

جواز الحنفية والحنابلة والشافعية على أصح القولين والشيعة الجعفرية والزيدية كفالة الحال مؤجلا، وعندئذ يقتصر التأجيل على الكفيل عند الحنابلة والشافعية والشيعة والزيدية، ويتجاوزه عند الحنفية إلى الأصيل فى ظاهر الرواية خلافا لرواية أخرى.

وعند الشيعة وكذلك أهل الظاهر وفى قول عند الشافعى لا تجوز كفالة الحال مؤجلا.

وعند المالكية - يجوز ضمان الحال مؤجلا بشرط: يسار المدين أول الأجل أو إعساره بحيث لا يفى يساره فى أثناء المدة ويرون أن التأجيل على الكفيل تأجيل على الأصيل.

كفالة المؤجل حالا:

رأى الشيعة: تجوز كفالة المؤجل حالا كما تجوز بأجل أقل أو بأجل أزيد ومنهم من لا يجوز ذلك، وربما كان ذلك مذهب أهل الظاهر، ويستمر كما كان على الأصيل لأنه لم يلتزم بوصف آخر - فلا يتجاوز ذلك الكفيل.

رأى الحنفية: تجوز كفالة المؤجل حالا ويقتصر ذلك على الكفيل.

رأى الحنابلة: تجوز كفالة المؤجل إلى أجل أقرب وأبعد وهو رأى للشافعى أيضا.

أما ضمان المؤجل حالا فتصح ولا يصير بها الدين حالا فيلغى الوصف ويبقى مؤجلا. وهناك احتمال بالصحة، كما يصح ضمان الحال مؤجلا والقولان عند الشافعية.

رأى الشافعية: تجوز كفالة المؤجل حالا ولا يلزم الحلول ويثبت الأجل فى حق الكفيل تبعا للأصيل. وقيل تصح حينئذ ويلزمه الحلول وقيل لاتصح مطلقا.

ويرى المالكية جواز كفالة المؤجل حالا أو إلى أجل أقرب بشرط تنازل الأصيل عن الأجل. وإن كفله إلى أجل أبعد لم يجز لأنه يصير قرضا جر نفعا وفى «المدونة» كفلا دينا مؤجلا على أن يوفيه فى محله أو إلى أدنى من ذلك جاز - ابن يونس إنما لا يجوز ذلك - أى إلى أدنى من الأجل أو على أن يكون حالا إذا كان الحق مما يجوز تعجيله. أما إن كان عرضا أو حيوانا من بيع فلا يجوز لأنه فيمعنى حط الضمان عنى

وأزيدك أى كأن المدين طلب أن يحط الضمان عنه بالتعجيل نظير زيادته توثيقا بالكفالة.

أما ضمان الحال مؤجلا فلا يجوز إلا إذا حل الأجل بأى سبب لأنه بحلوله استحق استيفاء دينه فتأخيره كابتداء سلف بجميل، وهذا جائز. أما إذا لم يحل فأخره إلى أجل أبعد لم يجز لأنه يكون سلفا جر نفعا.

والنتيجة عند المالكية، أن ضمان الحال مؤجلا جائز مطلقا بشرطه، أما ضمان المؤجل إلى أجل أبعد لا يجوز؛ لأنه قرض جر نفعا وضمانه إلى أجل أقرب أو حالا جائز إذا كان مما يجوز تعجيله. أما إذا لم يكن مما يجوز؛ تعجيله فلا يجوز لأنه حط الضمان وأزيدك (جـ٥/٩٨ بالهامش المواق).

فى تأجيل الكفالة والدين

تأجيل المدين وتأجيل الكفيل:

مذهب المالكية:

إذا كان لشخص دين قبل آخر وبه كفيل فأجله على الأصيل كان ذلك تأجيلا للكفيل أيضا إلى الأجل نفسه غير أنه يجوز للكفيل أن يعترض على ذلك ويعارض فى التأجيل بحجة أنه يخاف أن يفلس المدين ويذهب ماله أثناء الأجل، ويخير الدائن بين أمرين إن شاء أصر على التأجيل ولا كفالة له وإلا بطل التأجيل إلا أن يرضى به الكفيل كما جاء فى المدونة: أرأيت إن كان لى على رجل حق وقد أخذت منه كفيلا فلما حل الأجل أخرت الذى عليه الأصل أيكون ذلك تأخيرا عن الكفيل أيضا؟ وما الحكم إن أخرت الكفيل أيكون ذلك تأخيرا للذى عليه الأصل؟ قال: أما إذا أخر الغريم «الأصيل» فهو تأخير للكفيل إلا أنه إذا أخر الذى عليه الأصل فقال الحميل: لا أرضى لأنى أخاف أن يفلس ويذهب ماله كان له ذلك ويكون صاحب الحق فيه بالخيار إن أحب أن يؤخر الذى عليه الحق ولا حمالة له على الحميل فذلك له، وإن أبى لم يكن له ذلك إلا أن يرضى الحميل، وتأجيل الأصيل تأجيل للكفيل أيضا. أما إذا سكت الحميل وقد وصل إلى علمه تأجيل المدين الأصيل فإن الحمالة تلزمه. وأما إذا لم يعلم بتأجيل الأصيل حتى

حل الأجل الذى أجل إليه فإن للحميل أن يحلف الدائن بالله ما أخر مدينه ليبرأ الحميل من حمالته، فإن حلف لزم الحميل حمالته وإن أبى بطلت حمالته.

وإذا أخر الحميل كان ذلك تأخيرا للأصيل إلا أن يحلف الدائن ما كان ذلك منى تأخيرا للحق عن صاحبه ولا كان ذلك منى إلا للحميل، فإن حلف كان التأخير للحميل فقط وكان له أن يطالب صاحب الحق، وإن أبى أن يحلف لزمه التأخير بالنسبة إلى كل منهما؛ ذلك لأنه لو وضع عن الحميل حمالته لكان له أن يتبع صاحب الحق إذا قال إنما أردت وضع الحمالة واتباع غريمى فالتأخير بمنزلته.

وقال سحنون: إذا أخر الغريم وهو ملىء موسر تأخيرا بينا سقطت الحمالة وإن أخره وهو فقير معدم لا شىء عنده فلا حجة للكفيل وله القيام على الكفيل وله أن يكف عنه - وإلى هذا ذهب أيضا بعض المالكية - ذلك ما جاء فى «المدونة» بتصرف[1]. والظاهر أن قوله فيما تقدم فلما حل الأجل لا يراد منه تقييد هذا الحكم بأنه فى دين مؤجل حل بل هو والدين الحال ابتداء سواء. وهذا ظاهر.

مذهب الجمهور:

وذهب الحنفية والزيدية إلى أن إقدام الدائن على تأخير الدين للأصيل تأخير للكفيل أيضا؛ لأن الكفيل بمنزلته التبع للأصيل فإذا أجل الدين على الأصيل تأجل على الكفيل أيضا إذا لا يطالب الكفيل بأكثر مما يطالب به الأصيل. أما تأجيله الدين للكفيل فيقتصر عليه ولا يتأجل على الأصيل بذلك. وذهب بقية المذاهب إلى أن تأجيل الدين لأحدهما لا يعد تأجيلا للآخر منهما سواء فى ذلك الكفيل والأصيل.

التشريع الوضعى:

أما القانون المدنى فإنه يقضى بأنه إذا استبدل بالمدين المكفول عنه مدين آخر برئت ذمة الكفيل، (م ٣٥٨ مدنى)، وكذلك إذا أحيل الدائن المضمون إلى شخص غير المدين الأصيل برئت ذمة الكفيل (م ٣١٨ مدنى) وكذلك إذا قبل شخص أن يتحمل الكفالة إلى وقت محدد لم يجز أن يتجاوز التزامه ومطالبته ذلك الوقت، كما يجب مراعاة الوقت الذى حدد لنشوء الكفالة والوقت الذى حدد لبراءة ذمته منها.

---

(١) المدونة جـ١٣ ص١١٦، ١١٧.

وقد تضمنت المادة (٣٨٠ مدنى) أن الكفالة لا تجوز فى مبلغ أكبر مما هو مستحق على المكفول عنه ولا بشرط أشد من شروط المدين المكفول عنه، ولكن تجوز بما هو أقل قدرا وبشروط أخف، وعلى ذلك إذا كان المكفول عنه ملتزما بمائة جنيه لم يطالب الكفيل بأكثر من ذلك، وإذا كان الدين مؤجلا على الأصيل لم يجز أن يكون حالا على الكفيل بل ينتظر بمطالبة الكفيل إلى حول أجله على الأصيل.

وإذا لم تصح الكفالة بشروط أشد من شروط الالتزام الأصلى المكفول فإنه يقبل مع ذلك أن يقوم الكفيل بتقديم تأمين كالرهن، ولو لم يكن بالالتزام الأصلى رهن ما؛ ذلك لأن الكفيل لا يعد ملتزما بأكثرمن الالتزام الأصلى إذا ما التزم ذلك، ولا بشروط أقسى؛ إذ كل ما فى الأمر أنه مدين قدم إلى دائنه ضمانا خاصا لوفائه بالتزامه، وإذ قد بينا ما للكفالة من أثر أصلى فإنه يتبع ذلك آثار أخرى نبينها فيما يأتى:

ما للدائن المكفول له من حقوق:

إذا تمت الكفالة كان للدائن أن يطالب الكفيل بأداء الدين عند حلوله عليه دون أن يتقيد فى ذلك بتعذر مطالبة الأصيل، وله أيضا مطالبة الأصيل كذلك عند حلول الدين عليه، فإذا كان حالا عليهما كان له الخيار إن شاء طالب الكفيل بكل الدين وإن شاء طالب الأصيل به أيضا، وإن شاء طالبهما به كله فى وقت واحد، وإن شاء طالب كلا منهما بجزء منه دون أن يتقيد فى ذلك بقيد من القيود، غير أنه لا يستوفى الدين إلا مرة واحدة من أحدهما أو منهما جميعا، فلا يجوز له أن يستوفى كل الدين من كل منهما؛ إذ ليس له إلا دين واحد ولأن أداء واحد منهما يبرئ ذمة الآخر مما أدى، وإلى هذا ذهب الحنفية والشافعية والحنابلة والزيدية، وأساس ذلك أن ذمة كل منهما مشغولة بالدين جميعه فكان له مطالبه أيهما شاء اجتماعا وانفرادا، وهذه أيضا رواية عن مالك جرى عليها العمل فى بعض البلاد.

وفى رواية أخرى عنه ليس للدائن المكفول له أن يطالب الكفيل بالدين المكفول به إذا كانه حالا والأصيل حاضر موسر ليس ذا لدد فى الخصومة ولا مماطل فى الوفاء - وكذلك إذا كان الأصيل غائبا وله مال حاضر ظاهر يمكن الاستيفاء منه بدون بعد ومشقة. وهذا إذا لم يكن قد اشترط على الضامن أن يأخذ بالحق أيهما شاء الأصيل أو الضامن أو أن يتقدم الضامن فى الوفاء على الأصيل؛ وذلك لأن الدين إنما وجب ابتداء

(١) راجع الدكتور عبد الباقى، التأمينات. والوسيط للدكتور السنهورى باب انقضاء الالتزام.

على الأصيل، والقضاء على الضامن بالدين لو قضى به عليه قضاء على الأصيل، ولم يكن ضمان الكفيل إلا للتوثق. والتزام الدائن بالدين حينئذ أقرب إلى إنهاء الخصومة وأيسر وأقل عناء، وإذن فلا موجب حينئذ لإزعاج الضامن بمطالبته والتنفيذ عليه فى ماله، وذلك اعتبارا بحال المرتهن، فكما أنه لا سبيل له إلى الرهن إلا عند عدم[1] الراهن وامتناعه عن الوفاء فكذلك لا سبيل إلا الكفيل إلا عند عدم المكفول عنه.

أما فى غير هذه الأحوال فيحق للدائن مطالبة الضامن لالتزامه بالدين وحاجة الدائن إلى ذلك كما يحق له مطالبة الأصيل أيضا. وهذه الرواية هى التى رجع إلى القول بها مالك وبها أخذ ابن القاسم وابن وهب واختارها ابن رشد وهى أظهر الروايتين فى المذهب[2] وعليه العمل فى القضاء.

وإذا شرط الضامن على الدائن فى ضمانه ألا يؤخذ الحق منه إلا إذا مات المدين معدما، أو إلا إذا افتقر أو إلا إذا جحد الدين صح هذا الشرط عند المالكية ولزم فلا يكون للدائن مطالبة الضامن إلا على أساس هذا الشرط وتحققه.

وإذا تنازع الضامن والدائن فى يسار المكفول عنه فقال الضامن إنه موسر وقال الدائن إنه معسر، فالرأى الراجح عند المالكية أن القول قول الدائن وعلى الضامن أن يقيم البينة على يسار المدين وملاءته وذلك لقوله ﷺ: «الزعيم غارم»، فيجب بذلك غرمه حتى يثبت ما يسقطه وهو يسار المدين.

وإذا ادعى الكفيل أن الدائن يعرف ملاءة المدين ويسره وإنما ينكر ويكابر فيه حلف الدائن على ذلك، فإن حلف ألزم الكفيل. وللدائن رد اليمين على الكفيل، فإن حلف برئ من المطالبة، وقيل: إن القول قول الكفيل عند التنازع فى يسر المدين ويصدق بلا يمين؛ لأن الغالب على الناس الملاءة وعلى الدائن عبء إثبات عسره، وهذا قول ابن القاسم واختاره بعض المالكية، وعند عدم إقامة البينة على عسره لا يطالب الضامن؛ لأنه (أى الضامن) مصدق فى يسر المدين ولا يطالب المدين فى هذه الحال لإقرار «الدائن» بعدمه إلا أن يقيم الدائن البينة على عدمه أو يتجدد له مال بعد ذلك فيطالب عندئذ، وفى «الواضحة»: قال ابن القاسم: «ليس على الحميل سبيل حتى يبدأ الدائن بالمدين، وذلك عند النزاع فى يسار المدين»[3].

---

(١) العَدَم والعُدم الفقر.

(٢) بدائع جـ٦ ص١٠ نهاية جـ٤ ص٤٣ مغنى جـ٥ ص٨٣ منتزع جـ٦٧، الدردير والدسوقى جـ٣ ص٣٣٨ والخرشى جـ٥ ص٣٣.

(٤) منح الجليل جـ٣ ص٢٥٩ وص ٢٦٠.

وإذا كفل الدين أكثر من واحد فإن كفل به كل واحد منهم بعقد منفرد كان الحكم بالنسبة لكل واحد منهم كالحكم فيما سبق فيكون للدائن قبل كل واحد منهم من الحقوق ما له قبل الكفيل المنفرد الواحد؛ لأن كل واحد كفيل بكل المال فلا يؤثر فى ضمانه أو يضمنه غيره إذ يجوز أن يضمن المال الواحد كثير، وإلى هذا ذهب القانون المدنى أيضا، (المادة ٣٩٢/ ٢) إلا عندما يحتفظون بحق التقسيم بينهم، وإن كفلوا بالدين بعقد واحد فكذلك الحكم على قول عند الشافعية إذ يعد كل منهم كفيلا بكل الدين، وفى قول آخر ينقسم الدين عليهم حسب رؤوسهم لأن الضامن للدين مجموعهم فصاروا فى ضمانه شركاء وهو ينقسم عليهم فوجب أن ينقسم عليهم، فإن كانوا ثلاثة طولب كل واحد منهم بثلثه وإن ضمنه اثنان طولب كل واحد منهما بنصفه وهكذا، وإلى هذا ذهب الحنفية والحنابلة والمالكية أيضا، وبه أخذ القانون المدنى، (المادة ٧٩٢) إذا كانوا غير متضامنين فيما بينهم، غير أن المالكية قد اشترطوا فى ذلك ألا يشترط الدائن حمالة بعضهم عن بعض فإذا اشترط ذلك عليهم كان له أخذ جميع حقوقه من أحدهم إن غاب غيره أو افتقر فصار معدما، أما إن حضروا جميعا أملياء فإنه يتبع كل واحد منهم بحصته فقط حسب انقسام الدين عليهم.

وجملة القول فى هذه الصورة إن الأحوال فيها أربع:

١- أن يتعدد الحملاء وليس بعضهم حميلا عن بعض ولم يشترط الدائن عليهم أخذ أيهم شاء بكل دينه، وفى هذه الحال لا يؤخذ كل واحد منهم إلا بحصته من الدين إن أعدم المدين مطلقا أو كان موسرا وهو غائب، ولا مال له حاضر، أو له مال حاضر لا يمكن التنفيذ فيه أو كان ذا لدد فى الخصومة.

٢- أن يتعدد الحملاء وقد ضمن كل واحد منهم صاحبه ولم يشترط عليهم الدائن أخذ أيهم شاء بكل دينه، وفى هذه الحال يؤخذ كل واحد منهم بجميع الدين إن غاب الباقى أو أعدم مع مراعاة غيبة المدين أو إعدامه أيضا على ما تقدم وإلا أخذ المدين وحده.

٣- أن يتعدد الحملاء وقد ضمن كل منهم صاحبه واشترط عليهم الدائن أن يأخذ حقه من أيهم شاء. وفى هذه الحالة يؤخذ كل واحد منهم بجميع الدين ولو كان غيره حاضرا مليئا - وللغارم فى هاتين الحالتين الثانية والثالثة أن يرجع على أصحابه كما يكون له الرجوع أيضا على الغريم.

٤- أن يتعـدد الحملاء ولم يضمن بعضهم الآخر ولكن اشتـرط عليهم الدائن أن يأخذ حقه من أيهم شاء. وفى هذه الحال يؤخذ كل واحد منهم بكل الدين ولو كان غيره حاضرا مليئا، ولكن لا يكون للغارم أن يرجع على أصحابه لأنه ليس ضامنا وإنما يكون له حق الرجوع على المدين فقط(١).

وعند الشيعة إذا تعدد الضامن فضمن إثنان أو أكثر الدين فى وقت واحد بعقد واحد صح الضمان وانقسم الدين عليهم كما هو الرأى عند غيرهم، وإن ضمنه كل منهم بعقد صح ضمان الأول منهم فقط؛ لأنه ضمان صادف ذمة مشغولة بدين ولم يصح ضمان من بعده لأن ضمانه صادف ذمة برئت من الدين بالضمان السابق.

وفى القانون المدنى يجوز للدائن أن يطالب كلا من المدين والكفيل، ولكن لا يحق له مطالبة الكفيل بالوفاء إذا كانت مطالبة المدين الأصلى ممكنة، فإذا امتنعت امتنع تبعا لذلك مطالبة الكفيل، ولذا كان التأجيل للأصيل تأجيلا للكفيل، ولكن قد تجوز مطالبة المدين الأصلى ولاتجوز مطالبة الكفيل. وذلك كما إذا كان للكفيل أجل ليس للأصيل كأن كان له هذا الأجل لاشتراطه فى عقد الكفالة أو لغير ذلك من الأسباب؛ لأن التأخير الذى يخص به الكفيل لا يتمتع به الأصيل.

وإذا كانت مطالبة الأصيل ممكنة جاز للدائن مطالبة الكفيل إذا لم يكن الدين مؤجلا بالنسبة له على أن تكون بعد مطالبة الأصيل وعجزه عن الوفاء أو معها، فلا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل وحده إلا بعد رجوعه على المدين الأصيل وذلك بناء على المادة (٧٨٨/ فقرة ١ مدنى) إذ تنص على أنه: لا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل وحده إلا بعد رجوعه على المدين. وهى تدل بمفهومها على أنه يجوز للدائن أن يرجع عليهما معا ولو لم يسبق ذلك رجوعه على المدين الأصلى. والمراد بالرجوع فيها مخاصمته أمام القضاء ومطالبته بالوفاء. وكذلك اشترطت هذه المادة (فقرة/ ٢) ألا ينفذ على أموال الكفيل إلا بعد تجريد المدين من أمواله، ويجب على الكفيل فى هذه الحالة أن يتمسك بهذا الحق - وإذا كان يجب عليه التمسك بهذا الحق ليدفع التنفيذ على أمواله قبل تجريد المدين من أمواله، جاز التنفيذ على أمواله إذا لم يبد ذلك لاعتباره حينئذ متنازلا عن حقه فى طلب التجريد، وكذلك تجوز مخاصمته وحده إذا لم يدفع ذلك

---

(١) منح الجليل جـ٢ ص٢٦٧، والدسوقى جـ٣ ص٣٤٣ ونهاية المحتاج جـ٤ ص٤٤٤ والمغنى جـ٥ ص٩٥ والبحر جـ٦ ص٢٦٣ وتحرير الأحكام جـ١ ص٢٢٣.

بوجوب البدء بمخاصمة المدين أو بإشراكه معه فى المخاصمة إذ الخطر عليه فى هذه الحال أقل من الخطر عليه فى الحال السابقة، فإذا عد سكوته عن طلب التجريد تنازلا وقبولا لمخاصمته فى هذه الحالة مع ما هو معرض له من خطر حين ذلك، فأولى أن يعد سكوته فى الحال الثانية قبولا لمخاصمته، وتنازلا عن حق مخاصمة المدين معه، وبناء على ذلك فليس يجوز للدائن أن ينفذ على أموال الكفيل إلا بعد أن ينفذ على أموال المدين الأصلى، حتى إذا لم تبق له بقية بعد تجريده منها جميعها نفذ على أموال الكفيل ما دام أن الكفيل قد تمسك بحقه فى ذلك. وهذا ما يسمى فى التشريع الوضعى بحق التجريد.

وإذا تعدد الكفلاء الذين كفلوا الدين بعقد واحد، فقد ذكرنا أنه لا يلزم كل منهم إلا بحصته من الدين بعد قسمته عليهم ما داموا غير متضامنين، ولكل منهم حق التجريد بالنسبة لحصته أيضا، وعلى ذلك فليس للدائن أن يطالب أيا منهم إلا بحصته وذلك بعد مطالبة المدين أو معها، وليس له أن ينفذ على أمواله إلا بقدر هذه الحصة وذلك بعد ملاحظة حقه فى طلب التجريد إذا تمسك به إلا إذا كان متضامنا معه فإنه حينئذ يحرم من حق التقسيم فينفذ عليه فى أمواله بكل الدين بناء على تضامنه مع المدين ومن كفله، كما يحرم كذلك من حق التجريد بناء على هذا التضامن.

ومن هذا يرى أن ما ذهب إليه القانون المدنى يتفق فى روحه وفى بعض شروطه مع مذهب المالكية على الرواية الثانية.

«فيما للكفيل من حقوق»:

ما للكفيل من حق قد يكون له قبل الدائن، وقد يكون له قبل المدين المكفول عنه، وقد يكون له قبل كفيل آخر.

فيما للكفيل قبل الدائن من حقوق:

جاء فى الحديث أن الكفيل غارم، وهذا يدل على أن الكفيل يتحمل بكفالته عبئا يدعو إلى أن يعطى وسيلة ليتخفف بها منه على وجه لا يضر بالتزامه ولا بحق غيره - وبناء على ذلك أعطى للكفيل الحق فى أن يطلب إلى الدائن المضمون له عندما يفلس الأصيل أن يطلب منه بيع مال الأصيل ليوفى منه دينه أو مما يخصه منه وذلك قبل الرجوع عليه - إن كان للأصيل غرماء آخرون - على أن يدفع للدائن ما يبقى له من دينه قبله إن كان له بعد هذا الوفاء بقية منه.

وثبوت هذا الحق للضامن مشروط بأن يكون الضمان بإذن الأصيل، أما إذا كان قد ضمن بغيـر إذنه فلا يحق له هذا الطلب؛ لأنه وقد ضمن بغيـر إذنه وطن نفسه على ألا يرجع على الأصيل بشيء عند قيامه بالوفاء، وإذن يكون ضياع ما يخص الدائن من مال الأصيل إذا ما ضاع عليه لا يترتب عليه إلزامه بشيء لم يوطن نفسه عليه، وهذا مذهب الشافعية.

كما ذهبوا أيضا عندما يكون الضمان بإذن المدين إلى أنه يحق للضامن إذا ما توفى الأصيل قـبل الوفاء عن تركة أن يطالب المضمـون له بأن يأخذ منها مـا يفى بدينه أو ما يخصه منها عند المزاحمة أو يبرئه ليتجنب بذلك احتـمال تلفها وعدم الرجوع فيها إذا ما وفى الدين من ماله. أما إذا لم يكن الضمان بإذن فلا يحق له هذا الطلب كما فى الحال السابق، وقـال بعض الشافعيـة: لو قيل بأن له هذا الحق فى هذين الحالين لم يبـعد هذا القول عن الصـواب حتى لا يناله ضرر فيـهما إلا أن يقال بأنه مـقصر فى كفـالته بدون استئذان المدين الأصيل[1].

وكذلك ذهب المالكية إلى أن للضامن إذا مـا طالبه الدائن بالدين أن يدفع طلبه بما يأتى:

أولا: أن يدفع بأن المدين حاضـر موسر فـلا يحق للدائن مطالبته إلا بعـد مطالبة المدين، وظهور عجزه عن الوفـاء أو أن الوفاء من ماله متعذر بسـبب من الأسباب، فإذا تبين أن المدين حاضر موسر، ولا يتعذر الوفاء منه لم يكن للدائن حق مطالبة المدين على أشهر الروايتين عن مالك، وهى الرواية التى رجع إليها فى آخر حياته كما بينا.

ثانيا: أن يدفع بأن للمدين مالا حـاضرا يمكن الوفاء منه من غير مـشقة، وإن لم يكن المدين حاضرا، فإذا أثبت ذلك لم يكن للدائن حق مطالبته على هذه الرواية.

كما جـعلوا له أيضا حق الاعتراض على تأجيل الدائن الـدين للمدين عند يساره ويكون له فى هذه الحال أن يخير الدائن بين أمرين:

إما إبراؤه من الكفالة وامضاؤه التأجيل، وإما عدوله عن التأجيل، وذلك بناء على تلك الرواية أيضا.

---

(١) راجع نهاية المحتاج جـ٤ ص٤٤٤، ٤٤٥ والمهذب والبحر جـ٣ ص٤٠.

أما عند إعساره فإنه يجب إنظاره شرعا، وإذن لا يحق للضامن الاعتراض على ذلك، كما لا يحق له الاعتراض أيضا إذا ما أخر الدائن مدينه عند يساره، وكان الضامن قد وصله علم ذلك ثم سكت، وكذلك إذا لم يصل إليه علم ذلك حتى حل الأجل متى حلف الدائن أنه لم يؤخر مدينه قاصدا إبطال الضمان، أما إذا طلب منه اليمين على ذلك فنكل فإن الضمان يسقط، فلا يطالب الضامن بالدين بعد ذلك.

وكما جعلوا له حق الاعتراض على التأجيل جعلوا له أن يلزم الدائن بأن يطالب المدين بالدين إذا ما حل أجله خشية أن يموت أو يفلس إذا كان المدين مليئا قادرا على الوفاء، وإلا أسقط عند الكفالة. وذلك خشية إفلاس المدين بعد ذلك[1] وسواء فى ذلك أن يكون الضامن قد توجهت إليه مطالبة بالدين أم لم تتوجه - والظاهر أن المدين إذا كان قادرا على الوفاء ببعض الدين كان للضامن أن يطلب إلى الدائن مطالبته بما يقدر على الوفاء منه أو يبرئه من الكفالة به لأن بعض الدين يعد دينا مكفولا أيضا، وقد يطرأ الإعسار على المدين فى ذلك القدر أيضا فينال الضامن ضرر.

فيما للكفيل من حق قبل المكفول عنه:

أولا - إذا كانت كفالته بأمر المدين كان له الحق عند الحنفية فى أن يطالب المدين بتخليصه من الكفالة إذا ما طالبه الدائن بالدين؛ وذلك بأن يؤدى الدين للدائن. كما له الحق فى ملازمته إذا لازمه الدائن وحق المطالبة بحبسه إذا ما طلب الدائن حبسه، وهذا كله مشروط بألا يكون الكفيل مدينا للمكفول عنه بمثل الدين المكفول به، فإن كان مدينا للمكفول عنه بذلك لم يكن حق مطالبته بتخليصه من الكفالة ولا حق الطلب فى حبسه ولا حق ملازمته؛ إذ عليه أن يؤدى دين الطالب، فإذا أدى سقط بذلك ما للمكفول عنه من دين قبله دون أن ينال الكفيل أى ضرر وذلك بطريق المقاصة.

وإنما كان له ذلك لأن المدين هو الذى أوقعه فيما صار إليه من عنت من مطالبة الدائن إياه أو ملازمته أو حبسه فكان له بسبب ذلك أن يعامله بمثل ما يعامل به.

وأما إذا كانت الكفالة بغير أمر المدين فليس للكفيل الحق فى شىء من ذلك لأنه متبرع بها وبأداء الدين عن المدين، والمتبرع ليس له حق إلزام غيره بما التزم به؛ وهذا كله عند الحنفية[2].

(١) راجع الشرح الكبير جـ٣ ص٣٣٨، ص٣٣٩، ص٣٣٨، ص٣٤٠، ومنح الجليل جـ٣ ص١٦٠.
(٢) راجع الزيلعى وحاشيته الشلبى وعليه ح ص١٥٦ والبدائع جـ٦ ص١١.

هذا، وليس للكفيل أن يطلب إلى الأصيل أن يسلم ما به وفاء الدين إليه ليوصله إلى الدائن؛ لأن الوفاء إذا وجب بحلول الدين فإنـه يجب على الأصيل فى ماله أو على الكفيل فى ماله لا فى مال الأصيل، ومن أراد الوفـاء كان الوفاء من ماله وكان له ولاية دفعه إلى الدائن.

ولكن يجوز للأصيل اختيـارا أن يدفع ما به الوفاء إلى الكفيل ليوصله إلى الدائن قبل أن يقـوم الكفيل بالوفاء فإذا دفع الأصـيل إلى الكفيل ما به الوفاء، وكـانت الكفالة بأمره، فهذا على وجهين: **أحدهما** أن يدفعه إليه على وجه القضاء. **الثانى** أن يدفعه إليه على وجه الرسالة، أى ليكون رسولا من قبله فى توصيله إلى الدائن لا باعتبار أنه كفيل مطالب وقد دفع إليه وفاء، حتى لا يكلف الوفاء من ماله الخاص.

فإذا كان قد دفـعه إليه على وجه القضاء عنه فإنه يمتلكه بمجـرد قبضه، ولا يملك المدين استرداده منه بعـد ذلك، وأساس هذا - فيما يرون - أن الكفيل قـد صار بالتزامه مطالبا بأداء الديـن من ماله واجبـا عليه وفاؤه منه - رضى أم أبى كـما استـوجب أمره بالكفالة أن يكون له حق الرجـوع على الأصيل إذا ما قام بالوفاء به وصـار بسبب ثبوت هذا الحق له منذ قـيامـه بالكفالـة كدائن للأصـيل بدين مؤجل إلى وقت الأداء، وكـان للمدين أن يوفـيه قبل أجله شأن كل دين مـؤجل، فإذا أعطى المدين للكفيل مـا به وفاء دينه قبل أن يقـوم الكفيل بأدائه للدائن فإنه يعـتبر كـأنه وفى ما عليه للكفـيل قبل أجله فيملكه الكفيل بقبضه، ولا يملك المدين بعد ذلك أن يسترده لذلك، ويؤيد ذلك ما ذهبوا إليه من أنه يجوز للـكفيل أن يأخذ من الأصيل رهنا بهذا الدين المكـفول به فيكون لديه إلى أن يخلصـه المدين من الكفـالة. ومن أن الكفـيل إذا أبرأ الأصـيل من هذا الدين أو وهبه له قبل أن يدفع إلى الدائن شيئـا جاز ذلك، وترتب عليه أن الكفيل إذا أدى الدين بعـد ذلك إلى الدائن لم يرجع عـلى المدين بما أدى غـيـر أن المدين لا يبـرأ بالدفع إلى الكفيل بالنسبة إلى الدائن بل يستمـر الدائن على حقه فى مطالبة كل من الكفيل والمدين بالدين، فإذا وفاه الكـفيل فقد برئ وبرئ المدين، وإذا وفاه المدين قـبل أداء الكفيل برئ هو والكفيل من الدين، وتبين أن ما دفعه إلى الكفـيل لم يكن على وجه القضاء بل كان أمانة، ولذلك كان له عندئذ حق استرداده. أما قبل ذلك فليس له الحق فى أن يسترده لما ذكرنا، ولأن حق القابض له وهو الكفيل قد تعلق به على احتمال قيامه بقضاء الدين فلا يسترده ما دام هذا الاحتمال باقيا، وذلك كمن عجل الزكاة فدفعها إلى الساعى قبل وقت وجوبهـا: وكمن اشترى سلعـة بشرط الخيار للبـائع ونقد الثمن ثم أراد أن يستـرده قبل

مضى مدة الخيار وقبل أن ينقض البائع العقد، إذ ليس لأحدهما ذلك؛ لأن دفع المال كان لغرض وهو أن يصير زكاة فى الحال الأولى عند حلول الوقت. وثمنا فى الحال الثانية بعد مضى مدة الخيار بلا نقض للعقد، وما دام هذا الاحتمال باقيا فإن حق القابض يستمر فلا يجوز الاسترداد منه.

الوجه الثانى: أن يدفع المدين للكفيل على وجه الرسالة بأن يقول له: خذ هذا المال وادفعه إلى الطالب نيابة عنى، وفى هذه الحال لا يصير المال المؤدى ملكا للكفيل بل أمانة فى يده ولكن مع ذلك لا يكون للأصيل حق استرداده من الكفيل أيضا لتعلق حق الطالب به وهو وفاء الدين منه. وفى استرداده إبطال لهذا الحق فلا يمكن منه ما لم يقم قبل ذلك بقضاء دينه كما فى المسألة الأولى.

وقد فرعوا على ما تقدم أن الكفيل إذا اتجر فيما دفعه إلى المدين فربح قبل أن يقوم بالوفاء فإن كان الدفع على وجه القضاء طاب له الربح؛ لأنه نماء ملكه فى هذه الحال وليس عليه أن يتصدق به سواء أقام هو بالوفاء بعد ذلك أم قام به المدين، غير أن أبا حنيفة يرى أنه إذا كان المدفوع مما يتعين بالتعين كالعروض، فعليه أن يعطى الربح إلى المدين استحساناً. وفى موضع آخر قال: يتصدق به ولا يطيب له، أما الصاحبان فقد ذهبا إلى أن الربح يطيب له مطلقا.

أما إن كان الدفع على وجه الرسالة فإن الربح لا يطيب له على قول الطرفين لعدم تملكه ما دفع إليه ويطيب له عند أبى يوسف إذا كان المدفوع نقودا لعدم تعيينها بالتعين(١).

أما إذا كانت الكفالة بغير أمر المدين فإن الدفع إلى الكفيل فى هذه الحال يعد على وجه الرسالة دائما؛ إذ ليس للكفيل حق قبل المدين حتى يكون الدفع إليه قضاء عن ذلك الحق. وقد بينا حكم هذه الحال.

وذهب الشافعية إلى أن الضامن إذا ضمن من غير إذن المضمون لم يجز له مطالبته بتخليصه لأنه لم يدخل فى ضمان بإذنه فلم يلزمه تخليصه، وهذا ما ذهب إليه الحنفية.

---

(١) راجع البدائع جـ٦ ص١٤، والزيلعى جـ٤ ص١٦١، ١٦٢.

وإن ضمن بإذنه فطالبه صاحب الحق جاز له مطالبته بأن يخلصه؛ لأنه إذا جاز له أن يغرمه إذا غرم جاز له كذلك أن يطالبه بتخليصه إذا طولب، وهو رأى الحنفية أيضا، وإن لم يطالبه الدائن ففيه وجهان:

أحدهما: أن يكون له حق مطالبته بتخليصه لأنه شغل ذمته بالدين بإذنه فجاز له أن يطالبه بتفريغ ذمته، كما إذا أعاره عينا ليرهنها كان له أن يطالب المستعير بتخليصها.

ثانيهما: ليس له ذلك وهو الصحيح فى المذهب لأنه لما لم يكن له أن يغرمه قبل أن يغرم لم يكن له أن يطالبه قبل أن يطالب. وهذا بخلاف مسألة العارية؛ لأن فى العارية ضررا واقعا على المعير هو حبس العين ومنعه من التصرف فيها، ولا عليه فى مجرد شغل ذمته بدين لا يطالب به.

فإن دفع المدين مالا إلى الضامن وقال له خذ هذا بدلا عما يجب لك بالقضاء ففيه وجهان: **أحدهما** أن الضامن يملكه بالقبض، وهو مذهب الحنفية؛ لأن الرجوع على المدين يتعلق بسببين: الضمان والغرم، وقد وجد أحدهما فجاز تقديم الوفاء لذلك كإخراج الزكاة قبل حولان الحول وإخراج الكفارة قبل الحنث، فإن قضى عنه الدين استقر ملكه لما قبض، وإن أبرئ المدين من الدين قبل القضاء وجب عليه رد ما أخذه كما يجب رد ما عجل من الزكاة إذا هلك النصيب قبل حولان الحول.

والثانى: لا يملكه لأنه لم يأخذه بدلا عن واجب وإنما أخذه بدلا عما يجب فى ثانى الحال، فلا يملكه كما لو دفع إليه شيئا عن بيع لم يعقده فعلى هذا يجب رده، فإن هلك ضمنه لأنه قبضه على وجه البدل فضمنه لذلك كالمقبوض على سَوْم البيع[1].

وعند مالك للضامن الحق فى مطالبة المضمون بدفع ما عليه من الدين إلى الدائن ليخلص من الضمان ويجبره على ذلك سواء أطالبه الدائن بالدين أم لم يطالبه، وذلك عند حلول الدين. كما أن له أن يطالب الدائن إذا ما حل أجل الدين أن يخلصه من الضمان إذا ما سكت فلم يطلب من الأصيل الوفاء فيقول له إما أن تطلب حقك من المدين أو تسقط عنى الضمان كما تقدم. وسواء فى ذلك أن تكون الكفالة بإذن المدين أو بدون إذنه؛ إذ للضامن حق الرجوع على المدين فى الحالين عند المالكية - كما سيأتى - وليس للضامن مطالبة المدين بتسليم ما به الوفاء إليه ليوصله إلى الدائن لأن المدين لا يبرأ بالدفع إليه، غير أنه إذا دفعه إليه فهلك عنده ضمنه للمدين إن كان قد قبضه على وجه

---

(١) راجع المهذب جـ١ ص٣٤٢، ٣٤٣.

الاقتضاء، واستمر للدائن حقه فى مطالبة المدين - وعلى هذا لو طالبه الكفيل بذلك فدفع إليه ما به الوفاء ثم تلف عنده أو هلك كان ضامنا له سواء أكان هلاكه نتيجة تفريط أم لا؛ لأنه قد تسلم المال على وجه القضاء. أما إن تسلمه على وجه الرسالة بأن أرسله المدين إلى الدائن بالدين ليوصله إليه فضاع منه أو تلف من غير تفريط فلا يضمنه لأنه أمين حينئذ. والفرق بين قبضه على وجه القضاء وقبضه على وجه الرسالة أن الدفع على وجه الرسالة يكون بأداء المال إليه من غير مطالبة من الضامن وليس معه اشتراط براءة المدين من الدين، كذلك يكون فى توكيله فى توصيل المال إلى الدائن وأن يسلمه المال على هذا الوضع.

وجملة القول فى ذلك أن قبض الكفيل المال يكون على خمسة أوجه:

الأول: أن يقبضه على وجه الرسالة، وفى هذه الحال إذا ما ظل المال قائما لدى الكفيل يكون الدائن مخيرا إن شاء طالب الكفيل وإن شاء طالب الأصيل فله أن يتبع أيهما شاء دون أن يتقيد فى ذلك بأن يكون قد اشترط ذلك أو بأن يكون الضامن معدما ونحوه، فإن تلف المال فى يده وكان تلفه من غير تفريط ولا تعد فلا يضمنه الكفيل لأنه أمانة فى يده، ويبقى عليه الطلب بمقتضى الكفالة حينئذ على ما بينا فى حكمها من البداءة بمطالبة الأصيل أو بتخيير الدائن فى مطالبة أيهما شاء على اختلاف الرواية فى ذلك، وإن كان قد فات المال بتفريط من الكفيل أو بإتلافه ضمنه للأصيل فإن غرمه الكفيل للدائن فلا تراجع بينه وبين الأصيل، وإن غرمه للأصيل فإن الدائن يبقى على حقه الثابت له بالكفالة قبل كل منهما على ما بينا.

الثانى: أن يقبضه وهو وكيل عن الدائن فى ذلك - والدائن مقر بذلك - وفى هذه الحال يبرأ المدين والكفيل بهذا الدفع لسقوط الدين به، وكذلك إذا أنكر الدائن الوكالة، فقامت عليها الحجة وإلا كان القول قول الموكل وحينئذ يكون الحميل ضامنا لما قبضه.

الثالث: أن يقبضه على وجه الاقتضاء إما بحكم حاكم على وجه يصح القضاء به كما إذا غاب الدائن وحل أجل الدين وخاف الكفيل إعدام المدين أو حدوث الفلس، فإن للحاكم حينئذ أن يأمره بقبض الدين، ولا تبرأ ذمة المدين بذلك بل يكون للدائن إذا حضر مطالبة من شاء منهما سواء أظل المال قائما لدى الكفيل أو فات، غير متقيد بشىء كما تقدم - ويضمنه الكفيل إذا فات بتفريط أو من غير تفريط ويأخذ حكم هذه الحال

أيضا ما إذا طلب الكفيل المدين بالأداء إليه فدفعه إليه بناء على طلبه أو دفعه إليه من غير طلب مشترطا عليه براءة ذمته بذلك الدفع فالحكم فى هذه الأحوال واحد.

الرابع: اختلافهما فى صفة القبض فيدعى الكفيل أنه كان على وجه الرسالة ويدعى الأصيل أنه كان على وجه الاقتضاء ولا بينة. وفى ذلك قولان. **أحدهما**: أن القول قول المدين، وهو قول مالك، قياسا على قوله فى القرض، **وثانيهما**: أن القول قول القابض، وهو قول أشهب وغيره، وهو ظاهر ما فى «المدونة»، وسبب هذا الخلاف تعارض أصلين، **أحدهما** اتفاقهما على أن المال المقبوض للدافع ولا شىء فيه للقابض، وقد أقر بقبضه ثم ادعى ما يسقط الضمان عنه، فلا يقبل ذلك منه إلا بدليل - **وثانيهما** أن الأصل عندما يجتمع موجب الحظر مع موجب الإباحة أن يغلب موجب الإباحة. وقد ادعى الكفيل قبضا صحيحا، وادعى الأصيل قبضا فاسدا فوجب أن يكون القول قول القابض وهو الكفيل؛ لأنه إنما يدعى أمرا مباحا والأصيل قد ادعى الفساد لأن الكفيل ليس له القبض نيابة عن الدائن.

الخامس: إبهام الأمر وذلك لانعدام القرائن بعد موت كل منهما، وفى هذه الحال القولان السابقان(١).

وقال الشيعة الجعفرية إذا كان الضمان بغير إذن المدين لم يكن للضامن الحق فى مطالبة المدين بشىء؛ لأنه قد تبرع عنه بأداء الدين وبرئت ذمته بذلك. وإن ضمنه بإذنه كان للضامن حق مطالبته بالدين إذا طالبه الدائن. وذهب الشيخ إلى القول بثبوت حق المطالبة له وإن لم يطالبه الدائن إذ له حق الرجوع عليه - وليس للضامن مطلقا مطالبة المدين بتسليم المال إليه قبل أن يقوم هو بالوفاء حتى ولو زعم أنه إنما يريد توصيله إلى الدائن(٢)، وعلى هذا فليس فى مطالبته بالأداء فائدة قبل أداء الضامن إلا إذا كان الغرض منها أن تكون وسيلة إلى أداء الدين إليه اختيارا.

ثانيا: حق الضامن فى الرجوع على المدين:

اجتمعت كلمة الفقهاء على أنه ليس للضامن أن يطلب إلى المدين أن يسلمه ما به وفاء الدين قبل أن يقوم بأدائه إلى الدائن، أما إذا قام بأدائه إلى الدائن وكان أداؤه إليه بنية التبرع عن المدين وعدم الرجوع لم يكن له حق الرجوع عليه اتفاقا، وإلا ففى ثبوت

(١) راجع منح الجليل جـ٣ ص٢٦١ وما بعدها، والشرح الكبير للدردير جـ٣ ص٣٤٠.
(٢) تحرير الأحكام جـ٢ ص٢٢٣.

حق الرجوع على المدين بما أدى أربعة مذاهب، منهـا مذهب لا يجعل له حق الرجوع مطلقـا ومنها مـذهب يجعل له حق الرجوع مطلقـا وبين هذين مذهبـان وسطان وهاك التفصيل.

المذهب الأول: ذهب أهل الظاهر إلى أن الكفالة تنقل الدين من ذمة المدين إلى ذمة الضامن فيبرأ بها المدين ثم لا يكون للضامن بعد ذلك حق الرجوع عليه مطلقا سواء أكان الضامن بأمر المدين أم بغير أمره؛ لأنه قد التزم بالدين متبرعا فلا يكون له بناء على ذلك حق الرجوع على المدين إلا إذا قال له أد الدين عنى. فإنه يعد بمثل هذه العبارة وما فى معناه مستقرضا من الضامن ما به وفاء وموكلا إياه فى أدائه إلى الدائن وبناء على ذلك يكون له حق الرجوع إذ أدى بحكم القرض لا بحكم الكفالة[1].

المذهب الثانى: ذهب فريق من الفقهاء إلى أن الكفيل إذا أدى الدين إلى الدائن غير متبرع عن المدين بل بنية أن يرجع عليه كان له حق الرجوع عليه بما أدى على التفصيل الآتى: ذهب المالكية إلى أن الضامن إذا ما قام بأداء ما به وفاء الدين المضمون ثبت له حق الرجوع على الأصيل سواء أكانت الكفالة بإذن المضمون أم بغير إذنه وعندئذ يرجع على الأصيل بمثل ما أدى إذا كان ما أداه الدائن من جنس الدين سواء أكان الدين مثليا أم قيميا، فإذا كان الدين خمسة أثواب فأداها الضامن خمسة أثواب من جنسها فإنه يرجع على الأصيل بخمسة أثواب مثلها لا بقيمتها؛ ذلك لأن الضامن كالمسلف وفى السلف يرجع بالمثل حتى فى المقومات، ولا يرجع فى هذه الحال بأكثر من الدين كما هو واضح لأن دفع الزيادة إلى المدين يعد ربا أو هبة وفيهما لا رجوع. أما إذا كان الأداء من غير جنس الدين فإنه يرجع بالأقل من الدين وقيمة المقوم الذى دفع كما لو كان الدين خمسة دنانير ودفع الضامن وفاء له خمسة أثواب فإنه يرجع بالأقل من الدين وقيمة الثياب إذا لم يكن ذلك المقوم قد اشتراه الضامن من ماله، أما إذا كان قد اشتراه من ماله فإنه يرجع بثمنه ما دام أقل من قيمته بشرط ألا يكون فى شرائه محاباة وإلا لم يرجع بما زاد على قيمته وهو مقدار المحاباة بل يضيع عليه مقدارها.

وإنما ثبت حق الرجوع للضامن إذا أدى لأنه قام بوفاء ما كان واجبا على الأصيل فيرجع بما غرم فى هذه السبيل ويثبت للضامن حق الرجوع إذا ثبت أداؤه ببينة أو بإقرار الدائن. أما إذا أنكر الدائن الوفاء وأقر بذلك المضمون، ولا بينة على الدائن فإن كان الضامن قد أدى فى غيبة المضمون فلا رجوع للضامن عليه لتقصيره بترك الإشهاد على

---

(١) راجع المحلى جـ٨ ص١١١.

الأداء، ولعـدم براءة المدين بذلك أمـام الدائن. أمـا إذا كان الأداء يحـضـره المضمـون فقولان:

أحدهما: لا يرجع أيضا لما سبق، والثانى يرجع لأن التقصير من المدين من ناحية أنه لم يشـهد وكـان عليه أن يشـهد على الأداء إلـى الدائن لتبـرأ ذمتـه عند الإنكار من الدائن. والأول أقـوى فى المـذهب لأن الأداء من الضـامن والمال مـالـه لا مـال المدين فالإشهاد حينئذ يكون عليه لا على المدين.

هذا إذا كان الضامن قد أدى من ماله، أما إذا كان الأداء من مال للمدين بأن كان المدين قد دفعـه إليه ليؤديه إلى الدائن ثم أنكر الدائن ولا بينة فإن كـان الدفع فى حضرة المدين فلا يضمنه الضامن ويغرمـه المدين ثانيا بعد يمين الدائن، ويظل الدائن على وضعه الذى كان قبل دفع المال إلى الضامن مرة أخرى لتقصيره بعدم الإشهاد وبقاء كفالته، ولا يرجع به على المدين لعلمـه بأن ذمته بـريئة ولا شىء عليه للدائـن - وإن كان الدفع فى غيـبة المدين ضمنه لـه لأنه أتلفه بتركـه الإشهاد على دفـعه، ويظل الدائن على وضـعه بالنسبة إليهما.

وإذا أراد الحميل مصالحة الدائن فـإن فى ذلك خلافا عند المالكية، قيل: لا يجوز مطلقا لما فى جوازه من إلزام المدين بما لم يلتزم وقيل يجوز مطلقا فيصالح الحميل الدائن عن الدين بما يجوز للمدين الصلح بما عليه له؛ لأنه فى منزلتـه وساع فى براءة ذمته فما جاز للغريم أن يـدفعه عوضا عـما عليه يجوز للحـميل أن يدفعه كـذلك وما لا فلا مع ملاحظة استثناء مسألتين:

الأولى: الصلح بدنانير عن دراهم أو بدراهم عن دنانير بعد حلول الأجل.

الثانية: الصلح عن طعام مسلم فيه بعد الأجل بأدنى منه أو بأجود منه فإن الصلح فى هاتين المسألتين جائز للغريم وليس جائزا للضامن.

وإنما لم يجز للضامن فى المسألة الأولى لما يترتب على قـيام الضامن بالصلح فيها من حدوث صرف متـأخر بين الضامن والمدين؛ لأن ذمة المدين مشغـولة إما بدنانير وإما بدراهم على حسب اختلاف الحال، وسيرجع عليه الضامن بصرف ذلك من غير جنسه إذ يرجع عليه بما دفع من دراهم فى مقابل دنانير عليه أو بما دفع من دنانير فى مقابل دراهم عليه، وذلك صرف مؤخر عن وقت دفع البدل وهو ممنوع.

ولم يجز فى المسألة الثانية لأن رب الدين وهو المسلم بعد أنه قد باعه للضامن قبل أن يقبضه من المسلم إليه وهو المدين وهو تصرف ممنوع؛ ذلك لأن الضامن قد تملكه بما دفعه للمسلم قبل أن يقبضه المسلم من المسلم إليه وذلك منهى عنه.

وذهب آخرون إلى رأى ثالث هو أن الصلح يجوز إذا كان بمثلى مماثل لجنس الدين. إذ يكون صلحا عن مثل جنسه أو كان بمقوم مماثل لجنس الدين أو مخالف له إذ يكون حينئذ مبادلة بين الدين وبدل الصلح، أما إذا وقع بمثلى مخالف لجنس الدين سواء كان الدين مثليا أو مقوما فلا يجوز لما يترتب على ذلك من غرر بالضامن فيما سيأخذه من المدين. وذلك لتخيير المدين فى هذه الحال بين أن يدفع الدين وبين أن يدفع ما أدى عنه فعلا. وأصح الأقوال أوسطها وهو القول الثانى.

وإذا تم الصلح بين الحميل والدائن رجع الحميل على المدين بالأقل من الدين ومن قيمة المصالح عليه الذى هو بدل الصلح.

وإذا وهب الدائن الدين للضامن صحت الهبة ولكن لا تتم إلا إذا قبض الضامن الدين فعلا من المدين قبل حدوث المانع من الهبة للواهب، وبناء على هذا يكون للضامن مطالبة المدين بالدين لحلوله محل الدائن بالهبة كما يكون له كذلك مطالبته به إذا توفى الدائن وكان الضامن وارثه الوحيد فإن الدين ينتقل إليه ميراثا ويطالب المدين وفى الحالين تنتهى الكفالة.

وإذا كان الدين المضمون مؤجلا على المدين وضامنه ثم حل بالنسبة إلى أحدهما بحلول الأجل بالنسبة له لم يحل الدين على الآخر منهما ما دام أجله باقيا. كما يحل أيضا بالنسبة إلى أحدهما بموته أو فلسه قبل حلول أجله، وعندئذ يؤخذ الدين من تركته ولا يمنع من استيفائه من تركة الضامن إذا ما توفى أو فلس مع حضور المدين مليا.

وجملة القول أن الضامن إذا مات أو أفلس قبل حلول أجل الدين خير الدائن بين أن يصبر إلى أن يحل الأجل ويتبع المدين وبين أن يتعجل الوفاء ويأخذ الدين من تركة الضامن. فإذا تعجل لم يكن لورثة الضامن أن يرجعوا على المدين بما دفعوا عنه من تركة مورثهم فى حال الموت، كما لم يكن للضامن فى حالة الفلس أن يرجع بما أخذ الدائن من ماله إلا بعد حلول الأجل بالنسبة للمدين أو بعد موته، وإذا كانت وفاة الضامن أو فلسه عند حلول الأجل بالنسبة للمدين. لم يكن للدائن طلب فى مال الضامن إذا كان المدين حاضرا مليئا وإلا كان له حق الطلب كما تقدم[1].

(١) الخرشى جـ٥ ص٣١ والشرح الكبير للدردير والدسوقى عليه جـ٣ ص٣٣٧ وما بعدها.

وذهب الحنابلة إلى أن الضامن إذا أدى الدين عن المدين بنية الرجوع عليه كان تحت ذلك أربعة أحوال.

الحال الأولى: أن يكون الضامن قد ضمن المدين بإذن المدين ثم أوفاه كذلك بإذنه وفى هذه الحال يرجع عليه سواء قال له المدين اضمن هذا الدين عنى وأده عنى أو أطلق فلم يقل له إلا ما يفيد إذنه بالضمان والأداء دون أن يقول له افعل ذلك عنى؛ وإلى هذا ذهب مالك كما تقدم وهو مذهب: أبى يوسف من الحنفية.

الحال الثانية: أن يكون الضامن قد ضمن بإذن المدين ولكنه قد أداه بدون إذنه، وفى هذه الحال يكون له حق الرجوع على المدين أيضا وهو مذهب مالك كما تقدم ورواية عن الشافعى. وفى رواية أخرى عنه أنه لا يرجع عليه فى هذه الحال إلا إذا كان قد تعذر الأداء على المدين فأدى الضامن بناء على ذلك. أما إذا كان للمدين مال ثم أدى فإنه يكون متبرعا بالأداء فلا يرجع - ويرى الحنابلة والمالكية أن إذن الضامن فى الضمان يعد إذنا له فى الأداء عرفا فكان له بسبب ذلك حق الرجوع ولا يعد متبرعا.

الحال الثالثة: أن يكون الضامن قد ضمن الدين بدون إذن من المدين ثم أداه كذلك بدون إذنه، وفى هذه الحال له أن يرجع على المدين أيضا وهو مذهب مالك، وقال الشافعى وأبو حنيفة: لا يرجع، وهى أيضا رواية عن أحمد ومذهب ابن المنذر، ووجه هذه الرواية حديث أبى قتادة: إذ إنه لو كان للضامن الرجوع على المدين بمجرد ضمانه من غير إذنه ما برئت ذمة الميت بضمان أبى قتادة ولم يصلّ النبى ﷺ على المتوفى لشغل ذمته عندئذ بدين لأبى قتادة إذا ما أدى عنه ولكن النبى ﷺ صلى عليه قبل الأداء فدل بذلك على براءة ذمته. وقد ضمن أبو قتادة دينا بلا إذنه. ووجه الرواية الأولى أن قضاء الضامن فى هذه الحال قضاء مبرئ عن دين واجب على المدين فكان ضمان هذا الأداء عليه؛ إذ قيام الإنسان بقضاء ما هو واجب على غيره يستلزم حق رجوعه عليه ما دام لم يكن متبرعا كما هو ظاهر من واقعة الحال لعلمه بأن الميت قد توفى ولم يترك شيئا.

الحال الرابعة: أن يكون الضامن قد ضمن بدون إذن المدين، ولكنه أدى الدين بإذنه وفى هذه الحال فللضامن حق الرجوع أيضا؛ لأن إذنه بالقضاء دل على إرادة قيامه عنه فيه، وخالف فى ذلك الشافعى.

ويرى الحنابلة أن الضامن إذا ما أدى إلى الدائن ما به برئت ذمة المدين بالنسبة إلى الدائن فإنما يرجع بأقل المبلغين: مقدار الدين، وقيمة ما دفعه؛ لأن الدين إذا كان أقل مما دفع كان الضامن متبرعا بالزيادة وهى غير واجبة على المدين، وإن كان الدين أكثر فإن الضامن لم يغرم فى هذا السبيل إلا ما دفع فلا يرجع بأكثر منه؛ ولهذا لم يكن للضامن أن يرجع بشيء إذا ما أبر الدائن الضامن لأنه لم يغرم شيئا. وإذا أدى الضامن الدين المؤجل قبل أجله لم يرجع به على المدين قبل أجله، وإذا أحال الضامن الدائن على ثلاث كان ذلك بمنزلة أداء ما به الوفاء إليه فيرجع الضامن على المدين بالأقل مما أحال به ومن قدر الدين، سواء استولى الدائن من المحال عليه أو أبرأه أو تعذر عليه الاستيفاء منه لفلس أو مطل؛ لأن الحوالة كالإقباض مبرئة لذمة المدين على ما سيأتى بيانه فى الحوالة عند الحنابلة(١).

المذهب الثالث: ذهب الشافعية إلى أن الضامن إذا أدى ولم يكن ناويا التبرع عن المدين كان له حق الرجوع على الأصيل إذا كان الأصيل قد أذنه فى الضمان وفى الأداء فإن لم يأذنه فيهما أو أذنه فى الأداء لا فى الضمان لم يكن له حق الرجوع وذلك لتبرعه عند عدم الإذن بهما ولأنه عند الإذن فى الأداء فقط فقد أدى بناء على ضمانه الذى تبرع به فيكون متبرعا به أيضا، ولذا إذا أذنه فى الأداء فقط مشترطا عليه الرجوع كان له حق الرجوع، وسواء فى ذلك أن يكون ضمانه بعد إذنه فى الأداء أم قبل إذنه به. أما إذا أذنه فى الضمان ثم أدى دون أن يأذنه فى الأداء فإن له حينئذ حق الرجوع على الأصيل فى الأصح؛ لأن الضمان هو الأصل فالإذن فيه إذن فيما يترتب عليه شرعا فيرجع لذلك إذ يعد حينئذ مأذونا فيهما، وقيل لا يرجع لجواز أنه قد أدى متبرعا.

ومما يجب أن يلاحظ أن المراد بالإذن هنا هو إذن من يملك أن يوفى دينه بنفسه فليس يعتبر إذن المجنون والمعتوه والصبى الذى لا يملك التصرف فى ماله، وإذا ثبت له حق الرجوع فإنما يرجع بما غرم لا بما لم يغرم فيرجع بالدين إن أداه ويرجع بما أدى إن أدى بعضه وأسقط الدائن الباقى ويرجع بالأقل مما أدى من الدين إن صالح عن الدين بخلاف جنسه(٢).

وإذا أحال الدائن دائنا له على الضامن كان ذلك بمنزلة القبض من الضامن للمحال عليه لبراءة ذمته بهذه الحوالة فيرجع الضامن بسبب ذلك على الأصيل متى كانت الكفالة

---

(١) المغنى جـ٥ ص٨٦ وما بعدها.

(١) نهاية المحتاج وحاشية جـ٤ ص٤٤٦ وما بعدها.

بالإذن وإن لم يؤد للدائن شيئا وهذا إذا لم يبرئه المحتال، فإن أبرأه لم يرجع بشيء لأنه لم يغرم شيئا، ورجح البلقينى أن له حق الرجوع وإن لم يغرم شيئا؛ ذلك لأن الحق ثبت له بمجرد الحوالة فلا يسقط ببراءته من قبل شخص آخر غير الدائن ولكن المعتمد الأول، ومثل ذلك فى الحكم ما لو وهب الدائن الدين للضامن فإنه لا يرجع فى هذه الحال على الأصيل لأنه لم يغرم شيئا، وهذا بخلاف ما لو قبضه منه ثم وهبه له ثانية فإنه يرجع، وإذا ورث الضامن الدين بأن كان وارث الدائن رجع به على المدين لحلوله بالميراث محل الدائن.

وإذا ادعى الضامن أنه أدى الدين فكذبه الدائن وصدقه المدين لم يرجع على المدين فى الأصح لعدم انتفاعه بأدائه؛ إذ مطالبة الدائن له باقية وقيل يرجع لاعترافه بأنه أبرأ ذمته. أما إذا صدقه الدائن فإن له حق الرجوع وإن كذبه المدين لبراءة ذمته.

المذهب الرابع: أن الكفيل لا يكون له حق الرجوع على الأصيل إذا أدى عنه الدين إلا إذا كانت الكفالة بأمره وإلى هذا ذهب الحنفية والزيدية والشيعة الجعفرية.

فقد ذهب الزيدية إلى إعطاء حق الرجوع على الآمر لكل من دفع مالا إلى آخر بناء على أمر من غيره سواء أكان كفيلا أم رسولا، وسواء أكانت الكفالة صحيحة أم غير صحيحة، وكذلك جعلوا للكفيل حق الرجوع على المدين إذا أمره المدين بالضمان وأوفى الدين بلا أمره.

وذهب الشيعة الجعفرية إلى أن الضمان إذا كان بإذن الأصيل كان للضامن الرجوع عليه إذا أدى سواء أذنه بالأداء إلى الدائن أم لم يأذنه، ولا يشترط فى ذلك تعذر الرجوع على الأصيل. وإذا ضمن بغير إذن الأصيل لم يرجع سواء أدى بإذنه أم بغير إذنه[1]. وإذا رجع الضامن رجع بأقل المبلغين. قدر الدين وما دفعه للدائن أو قيمته.

وإذا أحال الضامن الدائن على آخر كان ذلك بمنزلة أدائه الدين إليه فيكون له حينئذ حق الرجوع على من كان مدينا وهو الأصيل متى كان الضمان بإذنه، ولكن إذا أبرأ الدائن الضامن من الدين لم يكن له حق الرجوع على الأصيل، وإذا أبرأ الدائن من أحيل عليه أو تعذر عليه أن يستوفى منه لفلسه أو مطله لم يمنع ذلك الضامن من أن يرجع على الأصيل. وذلك لما قلنا من أن مجرد الإحالة بمنزلة أدائه الدين، وكذلك ذهبوا إلى أن له أن يرجع على المدين إذا أمر من جهة المدين بالوفاء وثبت له حق الرجوع

---

(١) المنتزع جـ٤ ص٢٧٠ وما بعدها، وتحرير الأحكام جـ١ ص٢٢٧ وما بعدها.

عليه وإذا صالح عن المدين فى هذه الحال ببدل وكان البدل من غير جنسه فإنه يرجع بأقل المبلغين الدين وبدل الصلح.

وذهب الحنفية إلى أن رجوع الضامن على المدين بعد قيامه بأداء ما به وفاء الدين مقيد بأمور ثلاثة:

أولها: أن يكون الضمان بأمر المدين مع ملاحظة أن يكون أمره معتبرا، وذلك بأن يكون من مدين له حق الإيفاء، فإذا كان المدين صبيا مميزا أو محجورا عليه لعته أو سفه فلا اعتداد بأمره. أما إذا كان الصبى مأذونا له فى التجارة فأمره بالضمان معتبر.

ثانيها: أن يتضمن كلام المدين ما يدل على أمر الضامن بأن يقوم بذلك عنه. كأن تقول له أذنتك بضمان هذا الدين الذى فى ذمتى عنى أو اضمنه وأده عنى أو نحو ذلك فإذا قال له: اضمن الدين الذى لفلان فى ذمتى - ولم يقل عنى أو نحوه - لم يكن له بذلك الأمر حق الرجوع عليه عند الأداء؛ لأن الذى صدر من المدين مجرد الأمر بالضمان لا الإعطاء وهو محتمل لأن يكون القصد منه أن يرجع عليه إذا أدى، ولأن يكون القصد منه طلب تبرعه بذلك فلا يلزم المدين مع هذا الاحتمال، وهذا عند أبى حنيفة ومحمد بدليل ما فى «إشارات الأسرار»: إذا قال مدين لرجل: اضمن لفلان ألف درهم أو اقضه ألف درهم ففعل لم يرجع على الآمر إلا إذا كان المأمور خليطا أو شريكا - وذلك لما يكون بين الآمر والمأمور فى هذه الحال عادة من المعاملة أو المداينة والأخذ والإعطاء مما يجعل مثل هذا الأمر دالا عرفا على الإنابة فى هذا الحال.

وقال أبو يوسف يرجع مطلقا لأن الأداء وجد بناء على الأمر بالضمان فلابد من اعتبار هذا الأمر فيه، واعتباره يقتضى أن يكون نائبا عنه فى الأداء مطلقا.

ويرى الطرفان أن الأمر بالضمان يتضمن طلب إقراض وذلك أساس ثبوت حق الرجوع للضامن، ولا يتضمن الأمر بالضمان هذا الطلب إلا إذا تضمن ما يدل على الإنابة كلفظ «عنى» فلابد من اعتبار ذلك فيه.

وقد أورد على ذلك ما إذا قال شخص لآخر: أدِّ عنى زكاة مالى أو أطعم عنى عشرة مساكين فإنه إذا أدى عنه لا يرجع عليه مع تضمن الأمر لفظ «عنى» ولا يرجع فى مثل هذه الحال إلا إذا اشترط الضمان بأن قال له: على أنى ضامن فلماذا اشترط فى مثل ذلك النص على الضمان واكتفى فى الكفالة بذكر لفظ عنى مع أن ذكرها فى مثل هذه الصور لم يفد حق الرجوع. وأجاب شيخ الإسلام فى مبسوطه بأن الآمر قد طلب من

المأمور التمليك فى الصور كلها بمقتضى أمره؛ لأنه أمره فيها أن يؤدى عنه وأن يكون قاضيا عنه ولن يكون كذلك إلا بعد أن يصير المؤدى ملكا للآمر. إذ لا يؤدى عنه ما ليس له. ولن يكون المؤدى ملكا للآمر بأدائه فعلا للدائن أو لمن أمر بالأداء إليه. فلا يمتلك شيئا قبل الأداء، وإذا كان الأمر كذلك فتملك الآمر إنما يثبت له فى ضمن ملك القابض؛ إذ لا يثبت الملك كاملا لكل منهما إلا فى وقت واحد، وإذ أثبت فى ضمنه اقتضاء له ثبت على وقفه، ومثاله. فإذا كان الملك الثابت للقابض ملكا مضمونا بالمثل ثبت للآمر مثل ذلك، وإذا كان ملكا غير مضمون بالمثل ثبت للآمر كذلك ملك مماثل لذلك وفى قضاء الدين يثبت للدائن ملك مضمون بالمثل لأنه تملكه بالدين السابق، ولذا لو ظهر أن لا دين استرد منه ما قبض وعلى ذلك يثبت للآمر ملك مضمون بالمثل وليس ذلك إلا القرض وكان له بسبب ذلك حق الرجوع فى هذه الحال. وفى باب الزكاة والكفارة يثبت للقابض ملك غير مضمون بالمثل وهو الملك على وجه الصلة، ولهذا لو ظهر أن لا زكاة على الآمر لا يسترد من الفقير ما قبض فيثبت للآمر ملك مماثل لذلك. وهو ملك لا ضمان فيه فلا يكون له حق الرجوع إلا بالشرط. وعلى ذلك يكون الأمر فى الكفالة متضمنا طلب قرض إذا تضمن لفظ «عنى» وفى الزكاة والكفارات ولا يتضمن طلب إنهاب ولو تضمن لفظ «عنى»[1].

وقد يكون الأمر بالضمان أو الكفالة للكفيل ثابتا حكما كما إذا كفل الأب ابنه الصغير لزوجته فى مهرها فإن له حق الرجوع فى ماله إذا أدى عنه؛ لأنه ولى عليه والأمر فى مثل هذه الحالة إليه فصارت كفالته كأنها قد صدرت من أجنبى بناء على أمره وبذلك ثبت له حق الرجوع فى مال الصغير.

وبناء على ما تقدم إذا كانت الكفالة بغير أمر المدين لم يرجع الكفيل بالدين إذا أداه عنه خلافا لمالك وأحمد لأنه يعد متبرعا فى أدائه وإذا كانت بأمره ولم يتضمن الأمر ما يدل على النيابة رجع عند أبى يوسف خلافا للطرفين.

هذا، ويلاحظ عند الرجوع على الأصيل ألا يكون الكفيل مدينا له وإلا كان هناك مقاصة بين الدائنين وعند ذلك لا يرجع إلا بزيادة ما أدى إذا كانت هناك زيادة على ما فى ذمته من دين للأصيل.

ثالثها: أن يكون أداء الكفيل قد ترتب عليه إبراء ذمة الأصيل، فإذا لم يترتب عليه ذلك لم يكن له حق الرجوع؛ ذلك لأن حق الرجوع قد ثبت على أساس أن

---

(١) الفتح جـ٥ ص٤٠٨.

الضامن قد حل محل الدائن فى الدين بناء على أنه مأمور بأدائه كما تقدم. فإذا لم يترتب على أدائه سقوط الدين لم يحل محله فيه، وعلى ذلك إذا قام المدين بالأداء قبل أداء الكفيل ولم يعلم بذلك الكفيل فأدى الكفيل الدين بعد أداء الأصيل إلى الدائن وقبضه منه الدائن ولم يعلمه بما فعل الأصيل لم يكن له حق الرجوع على المدين بما أدى وإنما يسترد ما دفعه ممن دفعه إليه[1].

أقول: ومثل ذلك فى الحكم على ما يظهر لى ما إذا بطل الدين المضمون بسبب طارئ فأداه الكفيل بعد ذلك دون أن يعلم بسقوطه فإنه فى هذه الحال لا يرجع على من كان مدينا به وإنما يسترد ما أدى ممن دفعه إليه. وإذا كان له حق الرجوع فرجع على المدين فإن وفى الدين بمثله من جنسه رجع بما أدى، وأساس ذلك عند الحنفية أن الكفيل فى حال أمره بالضمان وقيامه بالوفاء بناء على هذا الضمان يتملك الدين بذلك الوفاء، فإذا أداه من جنسه حل محل الدائن فيه. وإذا كان ما أداه أقل من الدين فإنه يتملك بقدر ما أدى فقط، أما الباقى فيسقط لتنازل الدائن عنه، ولا يجوز هنا أن يتملكه الضامن كله فى نظير ما أدى تجنبا للربا بسبب اختلاف القدر مع اتحاد الجنس، أما إذا وفاه بجنسه مساويا أو وفاه بغير جنسه مطلقا أو تصالح معه ففى كل هذه الأحوال يتملكه الضامن كله فيرجع على المدين بما ضمن وهو قدر الدين ومن ذلك ما إذا كان الدين، من النقود الجياد فأداه زيوفا أو بالعكس، ومثل ذلك فى الحكم ما إذا وهب الدائن للضامن أو كان الضامن وارثا للدائن فورث عنه ففى كل هذه الأحوال يرجع بما ضمن وهو الدين عند الحنفية.

فيما بين الكفلاء بعضهم مع بعض:

إذا لم يكن أحدهما كفيلا عن الآخر بأن كانوا جميعا كفلاء عن مدين واحد فلا صلة بينهم بعضهم مع بعض، وقدمنا حكم ذلك وبينا صلتهم بالدائن وكيف يطالبهم عند الأداء.

أما صلتهم بالمدين فهى لا تختلف عن صلة الكفيل بالمدين عند عدم التعدد فلكل منهم بالنسبة إليه ما يكون للكفيل من حق قبل المدين. غير أنه يلاحظ أن الكفالة كما قدمنا يترتب عليها انتقال الدين من ذمة المدين إلى ذمة الكفيل عند أهل الظاهر والشيعة الجعفرية، وعلى ذلك لا يتصور تعدد الكفلاء لدين واحد إلا إذا كانت كفالتهم جميعا

---

(١) شلبى جـ٤ ص١٥٣.

بعقد واحـد، أما إذ حدثت كفالة المدين بعقـود متعدد فإن ذمـته تبرأ من الدين بناء على كفالة الأول وعلى ذلك لا يلاقى العقد الثانى مـحلا فيصح العقد الأول دون ما تلاه من العقود. وإذا نشأ العقدان معا بأن صدرعقد الضامن ممن وكل فيه عن آخرعنه وعن نفسه فقال مثلا: ضمنت هذا الدين بصفـتى أصيلا ووكيلا عن فلان ففى حكم ذلك تردد بين بطلان العقدين لحـدوث ضمان كل منهماحـال ضمان الآخر، وبعبـارة أخرى حال براءة ذمة المدين بالضـمان، وبين تصحيح أحد العـقدين بالاقتراع بينهـما وبين تصنيف الدين بينهما - أما إذا ضمن اثنان فأكثر دينا واحدا على التجزئة بأن ضمن كل جزءا منه غير ما ضمنه الآخر فذلك صحيح وليس فيه إشكال(١).

أما إذا تعدد الكفلاء وكان بعضهم كفيلا للآخر، فتحت ذلك صورتان:

الصورة الأولى: أن يكـون أحـد الكفيلين كفـيلا للآخـر بما كـفـل به دون أن يكون كـفيـلا للأصيل ثم يكفـل ثالث ثانيهم ورابع ثالثـهم، وهذه هى مـسألة كـفـالة الكفيل.

الصورة الثـانية: أن يتعـدد الكفلاء بدين واحد عنـد من لا يرى براءة ذمة المدين بالضمان ثم يكفل بعضهم بعضا فيما كفل به.

حكم الصورة الأولى، وهى كفالة الكفيل:

يجوز أن يكفل الكفيل فيما كفل به شخص ثالث، وذلك محل اتفاق بين الأئمة، وتسمى هذه المسألة عند الشيعة الجعفرية بمسألة «ترامى الضمان»، وعند ذلك يتحول الحق عندهم من ذمة المدين إلى ذمة الضامن الأول ثم من ذمة الضامن الأول إلى ذمة الضامن الثانى وهكذا، وفى هذه الحال إذا أدى الدين الضامن «الأخير» رجع على من ضمنه هذا الضامن لا على من هو قبله، وهكذا إلى أن يـرجع بالمؤدى على الأصيل أى ليس للفرع مطالبة السابق على أصله وإن تعذر الاستـيفاء من الأصيل، وإذا أبرأ الدائن أول ضامنهم برئ الجـميع كما يبرأ الجـميع أمام الدائن بأداء أى واحـد منهم - ويجوز للمضـمون أن يضمن ضامنه فيما ضمنه به وعند ذلك يتحول الحق إلى ذمته، ومنع الشيخ ذلك حتى لا يصير الفرع وهو الضامن أصلا(٢).

---

(١) تحرير الأحكام جـ١ ص٢٢٣.

(٢) المغنى جـ٥ ص٩١ والدسوقى جـ٢ ص٣٣٢.

وعند الحنفية - يكون ضامن الضامن ملتزما بما التزم به الضامن فيطالبه الدائن بالوفاء كما يطالب الأصيل وضامنه ولا يعتبر ضامنا للأصيل، وإنما يعتبر عندهم ضامنا للكفيل فيحق له الرجوع عليه إذا أدى إذا كانت الكفالة بأمره.

وعند مالك - رحمه الله - إذا ضمن الضامن ثالث صح ذلك وعندئذ يبدأ بمطالبة المدين إن كان حاضرا مليئا وإلا فالضامن الأول إن كان كذلك حاضرا مليئا وإلا فالثانى وهكذا.

وعند الحنابلة - إذا ضمن الضامن ثالث فقضى أحدهم الدين برئوا جميعا فإن كان القضاء من الأصيل فالأمر ظاهر، وإن كان من الضامن الأول رجع على الأصيل على ما تقدم ولا يرجع على ضامنه. وإن كان من الضامن الثانى رجع على الضامن الأول ثم رجع الأول على الأصيل وهذا مع ملاحظة ما قدمنا من أحكام الرجوع وشروطه عند الحنابلة وما لهم فى ذلك من روايات ذكرناها.

وعند الشافعية: يجوز أن يضمن الضامن ثالث لأنه يضمن دينا لازما ثابتا فى الذمة فكان جائزا كضمان الضامن الأول، ولكن إذا ضمن الأصيل ضامنه لم يجز لأن الأصيل أصل والضامن فرع وتابع فلا يجوز أن ينقلب الأصل تابعا، ولأنه بذلك يضمن ما فى ذمته فكان ضامنا لنفسه، وإلى هذا ذهب الحنفية والحنابلة أيضا(١).

حكم الصورة الثانية:

إذا كفل عدد من الكفلاء بدين ثم كفل كل منهم الآخر بما هو كفيل به لم يصح ذلك عند الحنابلة؛ ففى المغنى لابن قدامة - ويجوز أن يضمن الحق عن المدين اثنان أو أكثر فإن ضمن كل واحد منهم جميع الحق برئوا جميعا بأداء بعضهم كما يبرئون جميعا بإبراء الدائن المدين لأنهم فروع له، وإذا أبرأ الدائن أحد الضمان برئ وحده. وإذا ضمن أحدهم صاحبه لم يجز ضمانه لأن الحق ثبت فى ذمته بضمانه الأصيل فلا يثبت مرة أخرى بضمان آخر إذ تحصيل الحاصل غيرمتصور. وعلى هذا فليس عند الحنابلة صلة بين الكفلاء بعضهم مع بعض عندما يكون كل منهم كفيلا للمدين؛ إذ لاتصح كفالة أحدهم للآخر عند ذلك.

وأجاز ذلك الحنفية والمالكية - وقد ذكرنا فيما مضى رأى المالكية فى ذلك وأنه يؤخذ كل واحد منهم بجميع الدين إذا غاب المدين وباقى الحملاء أو أعدموا ما لم

---

(١) المهذب جـ١ ص٣٤٢ والمغنى جـ٥ ص٨٥.

يشترط عليهم الدائن أن يأخذهم أيهم شاء بالدين؛ فعند ذلك يكون له حق أخذ دينه من أيهم شاء، ولو كان باقى الحملاء حاضرين موسرين. وللغارم أن يرجع على الغرماء والمدين عند ذلك وهذا إذا تحملوا الدين دفعة واحدة، أما إذا تحملوا الدين على دفعات بأن ضمن الدين كفيل بعد كفيل ولو بلحظة فإن الدائن يأخذ جميع دينه ممن شاء منهم، ولو كان الباقى حاضرا مليئا سواء شرط حمالة بعضهم عن بعض أم لا، وسواء أكان أحدهم على علم بحالة غيره أم لا، ما دام أن المدين غائب أو معدم، أما إذا كان حاضرا مليئا فليس له حينئذ إلا أخذ الدين منه أولا إلا أن يشترط أن يأخذ من شاء بالدين أصيلا أو كفيلا[١].

وعند الحنفية - إذا كفل أناس متعددون بدين لشخص على التعاقب ثم كفل بعضهم بعضا فما أداه أحدهم بناء على أمر المكفول عنه يرجع به عليه إن شاء وعليه أن يرجع على المدين بما أدى إن كانت الكفالة بأمره إن شاء، وإن شاء رجع على أصحابه بما يخصهم من المؤدى بعد قسمته على رءوس الكفلاء جميعا فيرجع بنصفه إن كانوا اثنين وبثلثه على كل من صاحبيه إن كانوا جميعا ثلاثة وهكذا إذا كانت الكفالة بأمرهم؛ لأن حق المطالبة بكل المال قد لزم كل واحد منهم بالأصالة عن نفسه وبكفالته عمن كفله فكان الجميع متساويين فى الالتزام. وهذا بخلاف ما إذا كان هناك كفيلان كل منهما بنصف الدين ثم كفل أحدهما صاحبه فإن ما يدفعه أحدهما من الدين إنما يرجع به عند أمره بالكفالة على الأصيل، وإذا رجع صاحبه فإنما يرجع عليه بما زاد على نصف الدين ولا يقبل قوله فيه أنه أداه عن صاحبه لا عن نفسه؛ لأن ما لزمه أصالة أولى بالأداء مما لزمه بالكفالة عن الكفيل فيتقدم عليه فى الأداء؛ بخلاف ما زاد على ذلك فإنه ينصرف إلى الأداء على الكفيل الآخر، وكذلك الحكم إذا قال عند الأداء إنما أؤدى عن صاحبى فلا يقبل منه ذلك حتى يؤدى كل ما لزمه بكفالته الأولى.

وإذا كان الدين على اثنين مثلا كل منهما مدين بنصفه ثم كفل كل منهما صاحبه فيما يؤديه أحدهما لا يرجع به على الآخر حتى يؤدى ما لزمه فى ذمته أصالة وما زاد على ذلك إن شاء رجع به على المدين صاحبه إذا كانت الكفالة بأمره، وإذن يكون الحكم فى هذه المسألة كالحكم فى سابقتها عند الحنفية، وعلى ذلك لا يقبل عندهم ممن يؤدى أولا منهما أن يقول إنما دفعت عن صاحبى باعتبارى ضامنا عنه لا عن نفسى حتى ولو

---

(١) الشرح الكبير والدسوقى عليه جـ٥ ص٣٤٣.

قال ذلك عند الأداء، ويجب صرف ما يدفعه إلى ما هو عليه أصالة، حتى إذا انتهى منه كان ما يزيد مؤدى عن صاحبه.

وذهب الحنابلة إلى خلاف ذلك فقالوا: إذا قال عند الأداء إنما أدفع عن صاحبى أو أقام البينة على ذلك قبل ذلك منه ولو لم يكن قد أدى ما يخصه من الدين لأن الوفاء ينصرف إلى ما فى ذمته مطلقا فيكون له حق التعيين، إذ المعتبر عند الوفاء نية الموفى التى دل عليها بعبارته.

انقضاء الكفالة بالدين:

انقضاء الكفالة قد يكون نتيجة لانقضاء التزام الأصيل وانتهائه لأن التزام الكفيل تابع لالتزام الأصيل، فإذا سقط الأصل سقط التبع ضرورة، وقد يكون انقضاؤها بصفة أصلية فينتهى التزام الكفيل مع بقاء التزام الأصيل. إذ لا يلزم من انتهاء الالتزام التابع انتهاء الالتزام الأصلى وعلى ذلك يكون لانقضاء الكفالة حالان:

الأولى: انقضاؤها تبعا لانتهاء التزام الأصيل.

ثانيهما: انقضاؤها بسبب لا يمس التزام الأصيل وبقاءه. ففى الحالة الأولى تنقضى الكفالة إذا ما انتهى التزام الأصيل بسبب من الأسباب المنهية لالتزامه؛ لأنها إنما نشأت ووجدت توثيقا لالتزام الأصيل فإذا انتهى لم يكن محل لتوثيقه؛ إذ لا يتصور توثيق المعدوم وعلى ذلك تنتهى الكفالة فى الأحوال الآتية:

١- **أداء الدين** - إذا وفى الدين ترتب على هذا الوفاء براءة ذمة المدين وتبع ذلك حتميا انتهاء الكفالة، وإذا وفى بعضه برئت ذمة المدين مما أدى وتبع ذلك انتهاء الكفالة به وبقيت ذمة المدين مشغولة بباقيه كما تبقى الكفالة بهذا الباقى. وسواء فى ذلك أن يقوم بالوفاء الأصيل أو أجنبى متبرع أو مأمور بالوفاء - وكذلك الحكم إذا قام بذلك الوفاء الكفيل فإن ذمة الأصيل تبرأ بوفائه ويتبع ذلك انقضاء كفالته بما أدى وتحول بذلك إلى دائن للأصيل عند المالكية والحنابلة مطلقا على ما بينا، وكذلك فى حالة ما إذا كانت الكفالة بأمره عند الحنفية والزيدية، وفى حالة ما إذا كانت الكفالة والأداء كلاهما بأمره عند الشافعية، أما عند الشيعة الجعفرية فإن أداء الكفيل لا يترتب عليه براءة ذمة الأصيل؛ لأنها قد برئت بالكفالة من قبل، وكذلك الحكم عند أهل الظاهر ومن ذهب مذهبهم - ولكن يجوز للكفيل أن يرجع على الأصيل بما أدى عند الشيعة إذا كان الضمان بأمر المدين، كما يجوز ذلك للأجنبى إذا أدى الدين بأمر المدين ولا يجوز لهما

الرجوع إذا ما كان الأداء بغير أمر المدين لاعتبار الأداء حينئذ تبرعا، وهو مذهب الحنفية والزيدية خلافا للمالكية والحنابلة كما تقدم.

٢- **المصالحة عن الدين** - قد يصالح المدين الدائن عن الدين وقد يصالحه الكفيل. فإذا صالحه المدين برئت ذمته من الدين بناء على هذا الصلح سواء صالحه على بدل ليس من جنس الدين أم على بعض الدين. فإذا كانت المصالحة على ما ليس من جنس الدين كانت معارضة بين المدين والدائن، اقتضت براءة ذمة المدين من الدين نتيجة أن الدائن قد تملك به مالا للمدين هو بدل الصلح، وإذا برئت ذمة المدين برئت تبعا لذلك ذمة الكفيل.

وإذا كانت المصالحة على بعض الدين فإنها فى هذه الحال تعتبر اتفاقا على وفاء بعض الدين وتنازلا من الدائن عن بعضه الآخر ويكون ذلك بالاتفاق على وفاء بعضه والإبراء من الباقين، وبناء على ذلك تبرأ ذمة الأصيل من الدين جميعه بعضه بالوفاء إذا وفى وبعضه بالإسقاط، وإذا برئت ذمة الأصيل برئت ذمة الكفيل نتيجة لذلك - أما إذا لم يؤد بعض الدين المتفق على وفائه، وقد تنازل الدائن فعلا عن بعضه الآخر فإن ذمة كل من المدين والكفيل تبرأ من هذا الجزء المتنازل عنه وتكون براءة ذمة الكفيل منه نتيجة لبراءة ذمة الأصيل منه، أما الجزء المتفق على وفائه فهو جزء من الدين المكفول به وعلى ذلك تبرأ منه ذمة الأصيل وذمة الكفيل عند قيام أحدهما بأدائه على ما سبق بيانه. ومثل مصالحة الأصيل الدائن عن الدين بغير جنسه أن يعتاض به عن عروض للمدين بعقد معاوضة بين الدائن والمدين. كأن يشترى الدائن به من المدين سلعة من ماله.

وإذا كان الذى صالح الدائن هو الكفيل فإن صالحه عن الدين بغير جنسه أو اشترى به الكفيل منه سلعة من ماله، برئت ذمة الأصيل بهذا الصلح أو بهذه المبادلة وبرئت ذمة الكفيل من الدين تبعا لذلك، وكان للكفيل حق الرجوع على المدين بالدين عند الحنفية؛ لأنه تملكه بالصلح أو المعاوضة إن كانت الكفالة بأمر المدين وبالأقل من الدين وبدل الصلح أو قيمة السلعة عند غيرهم على ما بيناه سابقا فى حق الرجوع، وإن صالحه على بعض الدين بجنسه فهو إنفاق كما قدمنا على إيفاء بعضه والإبراء من باقيه. وعلى ذلك تبرأ ذمة كل من الأصيل والكفيل من جزء الدين الذى تنازل عنه الدائن إلا فى حالة واحدة وهى ما إذا نص فى عقد الصلح على وفاء بعض الدين وبراءة ذمة الكفيل وحده من باقيه، ففى هذه الحال تبرأ ذمة الكفيل وحده من هذا الباقى أصالة ويستمر مطالبا ببدل الصلح بمقتضى كفالته وعقده، كما يستمر شغل ذمة المدين بكل

الدين، وعلى ذلك يكون كل من الأصيل والكفيل مطالبا بأداء ما اتفق على وفائه فى جميع الأحوال ويكون الأصيل وحده مطالبا بالجزء الآخر فى الحالة الأخيرة وإذا قام الكفيل بأداء ما اتفق عليه رجع على الأصيل بما أدى على ما بيناه فى حق الرجوع من خلاف وشروط.

٣- **إبراء الأصيل وهبة الدين له** - إذا أبرأ الدائن الأصيل من الدين أو وهبه له أو تصدق به عليه - إذا كان فقيرا - برئت ذمته من الدين وبرئت تبعا لذلك ذمة الكفيل لما قدمنا.

ويشترط فى نفاذ الإبراء قبوله من المدين، أو وفاة المدين قبل قبوله ورده لأن الإبراء من الدين تمليك له. فيتوقف على القبول. وكذلك الحكم فى الهبة والصدقة. هذا ما جاء فى (الفتح والشلبى على الزيلعى). ولكن المعروف المنصوص عليه فى أحكام الإبراء من الدين وهبة الدين للمدين (من باب الهبة) أن الإبراء من الدين لا يتوقف على قبول المدين فى المجلس. أما إذا رده بعد المجلس ففى ذلك خلاف قيل يرتد وقيل لا يرتد.

وأما هبة الدين للمدين فالأصح أنها أيضا كالإبراء لا تتوقف على قبوله فى المجلس وتتم بإيجاب الواهب وحده، وإذا ردها المدين قبل قبوله فى المجلس ارتدت. أما إذا ردها بعد المجلس ولم يقبلها فيه، ففى نفاذ هذا الرد خلاف أيضا - قيل ترتد وقيل لا ترتد، لتمامها، والقول الآخر أنها تتوقف على قبوله فى المجلس[(١)].

وعلى ذلك فقول صاحب العناية وصاحب الفتح أنه يشترط فى نفاذ إبراء المدين قبوله فى المجلس محل نظر إلا إذا أريد بذلك عدم رده واعتبار عدم الرد فى المجلس قبولا دلالة، وأن المراد بقبوله فى المجلس القبول الصريح وهو اللفظى أو ما يقوم مقامه وهو القبول حكما ودلالة وهو الذى يتمثل في السكوت وعدم الرد[(٢)] - ولهذا كانت وفاة المدين قبل قبوله ورده فى معنى القبول دلالة لعدم رده فيتم معها الإيراد والهبة، وهذا مبنى على القول بأن الإبراء لا يرتد برده بعد المجلس؛ لأنه قد تم بالقبول دلالة فى المجلس وذلك بالسكون طيلته، وإذا تم بقبوله دلالة لم يرتد برده بعد ذلك، ويلاحظ أنه لا يصح للدائن إذا ما وهب الدين للمدين أن يرجع فيها بعد قبولها من المدين.

(١) راجع تكملة ابن عابدين جـ٢ ص٣٤٧ وما بعدها وص ٣٥١ وما بعدها.
(٢) تكملة ص٣٥١.

وجملة القول، أن من المشايخ من جعل هبة الدين وإبراءه منه بمعنى واحد وذهب إلى أن كلا منهما لا يتوقف على قبول صريح فى المجلس بل يتم كل منهما بقبوله صراحة أو حكما بأن ينتهى المجلس من غير رد على اعتبار أن ذلك يعد قبولا دلالة أو حكما[١]، وإذا قبل كل منهما فى المجلس لم يقبل الرد بعد ذلك كما فى (الأشباه جـ٢ ص٤٣)، وإنما يعد كل منهما بالرد فى المجلس قبل قبوله صراحة - وعلى ذلك إذا مضى المجلس دون رد فقد تحقق بذلك القبول دلالة أو حكما، وعلى ذلك لا يرتد برده بعد ذلك، وهذا وجه القول بعدم قبول كل منهما الرد بعد المجلس - وهو مبنى على أن كلا منهما يتوقف على القبول فى المجلس صراحة أو حكما[٢].

وفى السراج - إبراء الطالب الأصيل يتوقف على قبوله أو موته قبل القبول فيكون قبولا حكما.

أما القول بارتداد كل منهما بعد المجلس إذا لم يسبق قبول صريح فيظهر لى أنه مبنى على أن كلا منهما إسقاط محض لا يتوقف على قبول مطلقا ولا يقتصر على المجلس فيتم من ناحية المسقط ولكن يرتد برد المدين فى المجلس وبعده[٣]، ومع ذلك فمن المشايخ كابن شجاع من ذهب إلى أنه فى هذه الحال لا يقبل كل منهما الرد أيضا[٤].

وإذا أبرأ الدائن المدين من الدين فرد إبراءه ارتد برده وبقى دين الدائن على حاله، وفى هذه الحال اختلف المشايخ، فمنهم من ذهب إلى أن ذمة الكفيل تبرأ بإبراء الدائن لتمام الإبراء بإيجاب الدائن، وعلى ذلك لا يعود الدين إلى ذمة الكفيل برد الأصيل - ومنهم من ذهب إلى أن الدين يعود فيشغل ذمة الكفيل كما شغلت به ذمة المدين لأن سقوطه كان مشروطا بألا يرد المدين الإبراء فإذا رده ظهر أنه لم يسقط، وعلى ذلك إذا رد الأصيل الإبراء بقى الدين فى ذمته وفى ذمة الكفيل على وضعه.

وكذلك تحتاج هبة الدين للأصيل والتصدق به عليه إلى القبول على رأى كما قدمنا، وقيل تتم من غير قبول ما لم يردها وهو الأصح؛ وعليه إذا مات قبل القبول والرد نفذت الهبة وبرئت ذمة الأصيل.

---

(١) التكملة، ص٣٥٦.

(٢) التكملة، ص٣٥١ .

(٣) التكملة، ص٣٥٢.

(٤) التكملة، ص٣٥٢.

ولو حدث الإبراء أو الهبة للمدين والتصدق به عليه بعد موته كان قبول ذلك إلى ورثته ويجب عدم ردهم عند أبى يوسف لأن الإبراء للمورث بعد الموت إبراء للورثة، وخالف محمد فى ذلك فلم يجعل لهم حق الرد كما لو كان الإبراء حال حياة المدين ثم مات[(١)]، أما لو كانت الهبة للوارث أو الإبراء، فالقبول والرد إليه اتفاقا، وقيل فيه الخلاف السابق لأن الهبة والإبراء لهم إنما هو للمورث[(٢)] وهذا كله عند الحنفية.

وعند غيرهم إذا أبرأ الدائن الأصيل أو وهبه الدين وتم ذلك برئ الأصيل وبرئ الكفيل تبعا له؛ لأن الكفالة وثيقة للدين، فإذا ما سقط وانتهى انتهت كالرهن فإنه ينتهى بانتهاء الدين - ولا يشترط فى صحة الإبراء قبول المدين له عند الشافعية أيضا، ويجوزون بذل العوض فيه، ولكن يشترطون فى صحته علم الدائن بمقداره فى المذهب الجديد، أما فى القديم فرأى الحنفية لا يشترط العلم بمقداره[(٣)]، وجملة القول أن براءة ذمة الأصيل تستتبع براءة ذمة الكفيل باتفاق سواء أكانت بإبراء أم بأداء أم بهبة الدين له أم بوراثته للدائن إذ يسقط الدين حينئذ لاتحاد الذمة أو بسبب آخر، ولا يلزم من براءة ذمة الكفيل براءة ذمة الأصيل، فقد تبرأ ولا تبرأ ذمة الأصيل، كما إذا كانت الكفالة مؤقتة بوقت فانتهى وقتها أو وهب الدائن الدين للكفيل أو أبرأه من الكفالة.

أما إبراء الدائن للكفيل فإنه يصح ويعد تنازلا عن الكفالة لا عن الدين وهى إسقاط محض، ولذا لا يرتد برد الكفيل ولا يتوقف على قبوله، وبناء على ذلك ذهب بعض الحنفية إلى صحة تعلقها بالشرط شأنه فى ذلك شأن سائر الإسقاطات كالعتاق والطلاق، وخالف آخرون فذهبوا إلى عدم صحة تعليقه لما فيه من معنى التمليك كما فى سائر البراءات، ووفق بعضهم بين القولين بأن عدم جواز تعليقه إذا كان الشرط المعلق عليه شرطا محضا لا منفعة فيه للطالب أصلا، كما إذا علقت البراءة على مجىء الغد ونحوه. أما إذا كان على شرط فيه نفع للدائن فيجوز كما إذا قال الكفيل بالنفس والمال إن وافيتك بالمدين غدا فأنا برىء من الدين وقبل المكفول له، وقد نص على جوازه فى الإيضاح. وهذا توفيق يستند إلى العرف فقد جرى العرف على تعليق البراءة بشرط فيه مصلحة وغرض وعلى عدم تعليقها بشرط لا غرض فيه ولا مصلحة بموضوعها.

---

(١) راجع الزيلعى والشلبى عليه جـ٤ ص ١٥٦ و ١٥٧، والهداية والفتح والعناية جـ٥ ص٤١٠.
(٢) «تكملة» جزء ٢ ص ٣٤٧.
(٣) راجع نهاية المحتاج جـ٤ ص٤٢٨ و ٤٢٩.

ويلاحظ أن إبراء الكفيل كما قدمنا لا يرتد برده وهذا يخالف حكم تأجيله عند الحنفية فإنهم يرون أنه يرتد برده فلا يلزم الدائن بعد ذلك التأجيل. وإذا كان إبراء الكفيل لا يعد إبراء من الدين بل إبراء من الكفالة فقط لم يترتب عليه براءة المدين، وكان إنهاء للكفالة ابتداء، وليس فى هذا خلاف بين الأئمة؛ ولذا لا يكون للكفيل حينئذ أن يرجع بالدين على المدين.

وأما هبة الدين للكفيل فهى تمليك محض، وتصح باتفاق ولا تتم إلا بقبولها فى المجلس ولا تتوقف على قبض الدين من المدين عند الجمهور، ويرى المالكية أنها لا تتم إلا بقبض الدين من المدين قبل حصول المانع للواهب ليتحقق بذلك شرط الحوز فيها، وإذا تمت الهبة كان للكفيل بناء على تملكه الدين أن يطالب به المدين ولم يكن للدائن بعد، أن يطالب أحدهما لخروج الدين من ملكه بالهبة(١).

٤- **حوالة الدين** - وإذا أحال المدين الدائن بدينه المكفول به على شخص ثالث فقبل الدائن وتمت الحوالة برئ المدين من الدين بحكم الحوالة - كما سيأتى - وبرئ الكفيل منه تبعا لذلك، وكذلك إذا أحال الكفيل الدائن على ثالث فإن الأصيل يبرأ بهذه الحوالة ويتبع ذلك براءة ذمة الكفيل(٢)؛ وذلك لأن الدين ينتقل بالحوالة إلى ذمة المحال عليه ويتبع ذلك براءة ذمة المدين فبراءة ذمة الكفيل.

٥- **انفساخ سبب الدين المكفول به** - إذا انفسخ العقد الذى نشأ عنه الدين المضمون وبرئت بسبب ذلك ذمة الأصيل من الدين فإن التزام الكفيل ينقضى تبعا لذلك، فإذا ضمن شخص مشتريا لسلعة بثمنها فانفسخ عقد البيع لهلاك السلعة عند البائع قبل تسليمها برئت ذمة كل من المدين والكفيل المدين ابتداء والكفيل تبعا.

٦- **اتحاد الذمة** - إذا ورث المدين الدائن فأصبح الدين له بمقتضى الوراثة برئت ذمته منه لاتحاد الذمة، إذ لا يمكن أن يكون دائنا لنفسه ويترتب على ذلك براءة ذمة ضامنه أيضا تبعا لذلك - أما إذا ورث الضامن الدائن فانتقل الدين إليه بهذه الوراثة فإن كفالته تنتهى ولا تبرأ بذلك ذمة المدين بل يصبح مدينا للضامن.

---

(١) راجع الشلبى جـ٤ ص١٥٦ والدسوقى جـ٣ ص٢٣٨.

(٢) الشلبى على الزيلعى جـ٤ ص١٥٦.

انقضاء الكفالة بسبب لا يمس التزام المدين:

فى هذه الحال ينقضى التزام الكفيل وحده ابتداء، ويبقى التزام الأصيل على حاله دون مساس به؛ لأن الكفالة لا تعدو أن تكون وثيقة قد انحلت دون وفاء بالدين كالرهن يرده المرتهن إلى الراهن قبل الوفاء فلا يؤثر ذلك فى بقاء الدين.

ويكون هذا الانقضاء بسبب من الأسباب الآتية:

١- مصالحة الكفيل الدائن على بعض الدين مشترطا فيها براءة ذمته وحده من باقيه فتبرأ ذمته ابتداء من جزء الدين الذى لم يتم عليه الصلح وتستمر ذمة المدين مشغولة به لعدم سقوطه بالنسبة له وتبرأ ذمة الأصيل بالنسبة لما تم عليه الصلح وبذلك تنتهى كفالة الكفيل بالنسبة للدين كله ويكون له حق الرجوع على الأصيل بما تم الصلح عليه أو بما غرم على حسب الخلاف فى ذلك على ما بينا فيما إذا كانت الكفالة بأمر المدين عند بعضهم أو مطلقا عند المالكية والحنابلة.

٢- إبراء الدائن الكفيل من الدين وقد ذكرنا ذلك عند كلامنا على إبراء الأصيل. وأن ذلك يعد من الدائن تنازلا عن الكفالة، ومن الفقهاء من ذهب إلى أن هذا الإبراء إذا تضمن تنازل الدائن عن الدين ترتب عليه براءة ذمة كل من المدين والكفيل، والواقع أن الإبراء فى هذه الحالة إبراء لكل منهما فلا خلاف - ولا يجوز للكفيل فى حالة الإبراء أن يرجع بالدين أو بعضه على المدين لأنه لم يتملكه ولم يغرم شيئا وإنما الذى كان هو سقوط الدين أو المطالبة عن الكفيل.

٣- هبة الدائن الدين للكفيل وقد ذكرنا ذلك عند كلامنا على هبة الدين للمدين وبينا أن الضامن يتملك الدين بهذه الهبة ويحل محل الدائن فيه فيرجع بالدين على الأصيل، وبذلك لا تبرأ ذمته بهذه الهبة وإن انقضت بها كفالة الضامن.

٤- انتهاء مدة الكفالة - إذا كانت الكفالة مؤقتة بمدة محددة كسنة مثلا فانتهت المدة دون وفاء وانتهت الكفالة وبقى الدين فى ذمة المدين.

٥- تحقق شرط سقوطها - إذا نشأت الكفالة مشروطا فيها البراءة عند تحقق شرط من الشروط كأن يكفل الدين على أن يكون بريئا من الكفالة إذا ما حضر المدين من سفره ونحو ذلك، فإذا تحقق الشرط ولم يكن الدين قد وفى انتهت الكفالة بتحقق شرط انتهائها - وهذا فى الواقع ضرب من الكفالة الموقوتة.

٦- وراثة الدائن للمدين إذا مات مليئا وفى تركته ما يفى بالدين؛ وذلك لانتقال تركة المدين إليه بالوراثة محملة بدينه وعلى ذلك يصير فى ملكه ما به وفاء دينه فيسقط دينه لذلك، إذا لا يصح أن يكون مطالبا ومطالبا، وهذا إنما يتحقق إذا كان الوارث الوحيد، أما إذا كان معه وارث فلا يسقط من دينه إلا ما يخص حصته فى التركة، وعلى ذلك يبقى الضامن ضامنا لباقى الدين.

وقد يقال أن ذلك لا يظهر بالنسبة إلى الحنفية الذين يقولون أن دين التركة يمنع الوارث من أن يتملكها حتى يوفى، وعلى ذلك لا يتملك الدائن من التركة بالوفاة ما به وفاء دينه.

والواقع أن هذه المسألة محل خلاف عند الحنفية فمنهم من ذهب إلى أن دين الوارث لا يمنعه أن يتملك التركة، ففى «الخانية نقلا عن المحيط» استغراق التركة بدين الوارث لا يمنع جريان الإرث فى التركة إن لم يكن ثمة وارث غيره - وهذا يخالف ما فى «جامع الفصولين» إذ فيه ما يفيد أنه يمنع، وأنه لا يتملك إلا بعد أن يوفى دينه من التركة فعلا، وعلى هذا الرأى الأخير لا تكون وراثة الدائن للمدين فى هذه الحالة سببا لبراءة ذمة الضامن لبقاء الدائن على مطالبته بالدين المضمون.

وفاة المدين والكفيل:

إذا توفى المدين لم يكن لوفاته تأثير فى الكفالة بل تظل ذمة الكفيل مشغولة بالدين على حاله فيظل مؤجلا إن كان مؤجلا - ولكنه بوفاة المدين يصير الدين حالا بالنسبة لورثته عند من يرى من الفقهاء أن الدين يحل بموت المدين مطلقا؛ ولذلك يكون الخيار للدائن إن شاء اتبع تركة المدين فى الحال فإذا استوفى منها الدين برئت ذمة الكفيل. وإن شاء صبر حتى يحل الدين بالنسبة للكفيل فيطالبه، وهذا عند الحنفية والحنابلة. وقد ذكرنا ما للكفيل عند المالكية من حق فى هذه الحالة، كما ذكرنا فيما مضى رأى الشافعية فى ذلك.

وإذا توفى الكفيل لم يكن لوفاته أثر فى التزامه، غير أن الحنفية والشافعية يرون أن الدين يحل بوفاته إن كان مؤجلا بالنسبة إليه، وإذن يؤخذ الدين من تركته، ولكن لا يرجع ورثته على المدين عندما تكون الكفالة بالأمر إلا عند حلول الأجل لبقاء الأجل بالنسبة للدائن إذا ما كان مؤجلا بالنسبة إليه أيضا.

ويرى زفر أن الدين لا يحل على الكفيل بموته بل على الدائن أن ينتظر حلول الأجل فلا يرجع فى التركة قبل حلوله.

وفى المشهور من مذهب أحمد أن الدين لا يحل بالموت إذا ما وثقه الورثة برهن أو كفيل.

وعند مالك إذا مات الكفيل أو أفلس حل الدين إن كان مؤجلا وأخذ الدائن دينه من تركته أو حَاص غرماءه ولو كان المدين حاضرا مليئا وعندئذ يرجع عليه ولكن لا يرجع الورثة عليه إلا بعد حلول الأجل، أما إذا مات عند حلول الأجل أو بعده فلا يؤخذ الدين من التركة إذا كان المدين حاضرا مليئا كما قدمنا وإنما يؤخذ منها إذا كان معدما، أو لا يستطاع التنفيذ فى ماله إلى آخر ما ذكرناه[1].

أنواع الكفالة

بينا فيما مضى أن الكفالة قد تكون بالفعل كما فى الكفالة بتسليم العين ومضى حكمها، وقد تكون بالاقتضاء أى طلب المال ممن هو لديه وتسليمه إلى صاحبه دون التزام به فى الذمة كما تقدم، وقد تكون كفالة بالنفس كأن يكفل إنسان آخر فى حضوره مجلس القضاء فى وقت معين. وأن الكفالة بالدين قد تكون كفالة مطلقة يترتب عليها شغل ذمة الكفيل بالدين والتزامه بأدائه من جميع ما يملك، وقد يكون التزام الكفيل بأداء الدين من ماله دون أن تشغل ذمته بالدين على ما بينا فى الخلاف فيها من أنها لضم ذمة إلى أخرى فى الدين أو لضم ذمة إلى أخرى فى المطالبة. فقط دون الدين وتقدم بيان هذا، كما أشرنا فيما مضى إلى رأى من ذهب إلى أنها لنقل الدين من ذمة إلى أخرى. وقد تكون كفالة مقيدة وذلك عند اقترانها بشرط صحيح لازم. وقد مضى الكلام فى حكم ذلك عند كلامنا على الاشتراط فى الكفالة.

وجاء فى شرح «الزيادات» للسرخسى أن الكفالة قد تكون مقيدة بمال للأصيل لدى الكفيل كان يكون للأصيل وديعة عنده قيد بها الكفالة وعند ذلك لا يلزم الكفيل بأداء الدين المكفول من ماله وإنما يلزم بأدائه من المال الذى قيدت به الكفالة (وقد جاء هذا فى الفصل الثانى من أحكام الكفالة والحوالة).

---

(١) راجع الشرح الكبير والدسوقى جـ٣ ص٣٣٨.

وقد تكون كفالة بالنفس كما بينا فيما مضى وتسمى الكفالة بالوجه، ويرى الحنفية جوازها بالنظر إلى من عليه دين أو قصاص أو حد قذف أو حد سرقة بلا خلاف بين الإمام وصاحبيه فى ذلك إذ إنها ليست إلا التزاما بإحضار من يجب إحضاره فى مجلس يجب عليه حضوره فيه، ولا تتضمن التزاما بدين المكفول إلا بالشرط كأن يقول الكفيل إن لم أحضره فى وقت كذا أو فى مجلس قضاء يوم كذا فعليّ ما عليه من الدين فإذا لم يوف بالشرط لزمه الدين كفالة كما لا تتضمن التزاما بما وجب على المكفول من حد أو قصاص إذ لا تزر وازرة وزر أخرى.

وأثرها عند الحنفية وجوب التخلية بين الطالب والمكفول فى موضع يقدر الطالب فيه على إحضاره مجلس القضاء إذ يحصل بذلك المقصود بالعقد وهو استيفاء الحق بالمرافعة إلى القضاء فإذا قام بذلك انتهت الكفالة؛ ولذا لو سلمه الكفيل فى صحراء لم يخرج بذلك التسليم من الكفالة ولكن لو سلمه فى المصر فإنه يخرج بذلك منها وإن قيدت بالتسليم فى مجلس القاضى، إذ الغرض منها التسليم في مكان يتمكن فيه من إحضاره مجلس القاضى فلا يتقيد بمكان خلاف مجلسه لعدم الفائدة من التقييد.

ولو شرط فى الكفالة أن يسلمه فى مصر معين فسلمه فى مصر آخر خرج من الكفالة عند أبى حنيفة خلافا لصاحبيه، وجه قولهما أن ذلك شرط معتبر يقصد الإلزام به، فقد تكون حجة الطالب فى مصر دون آخر. ووجه قول أبى حنيفة أن المقصود هو الوصول إلى الحق بالمرافعة فيه أمام قاض مختص فلا يتقيد بقاض دون آخر.

ولو تعدد الكفلاء بالنفس فأحضر المكفول أحدهم برئ الجميع إن كانت الكفالة بعقد واحد لأن المكفول فيها حينئذ فعل واحد هو إحضاره فيتم بأحدهم، وإن كانت بعقود متعددة بعددهم لم يبرأ إلا المحضر؛ لأن المكفول حينئذ أفعال متعددة بعددهم ففعل أحدهم لا يعد فعلا لغيره، وليس هذا كمسألة الكفالة بالدين لأن أداء اليمين يتحقق بفعل أى كفيل به فيبرأ به الأصيل فيترتب على ذلك براءة الجميع(١).

مذهب المالكية:

الضمان قد يكون بالوجه أى بذات المضمون وإحضارها وقد يكون بالطلب أى بالتفتيش على الغريم والدلالة عليه دون الالتزام بإحضاره، والأول لا يكون إلا إذا كان

---

(١) البدائع جـ٦ ص٤، ٨، ١٢.

المضمون مدينا حيث يكون الغرض من ضمانه إحضاره إلى الطالب ليتمكن من استيفاء دينه منه فلا يكون فيمن يثبت عليه قصاص أو حد أو تعزير. والثاني يكون فيمن كان مطلوبا بسبب دين ونحوه من الحقوق المدنية أو بسبب قصاص أو حد أو تعزير كأن يقول الكفيل: أنا حميل بطلبه أو على طلبه أو لا أضمن إلا طلبه أو أضمن وجهه وليس عليّ من المال شيء أو لا أضمن إلا وجهه؛ وفى هذه لا يلزم الحميل إحضاره المضمون بخلاف النوع الأول، وقيل يشترك النوعان فى إلزامه بالإحضار ويختص ضمان الوجه بتغريم الحميل ما على المضمون من الدين عند عدم قيامه بإحضاره.

ويبرأ الحميل فى النوع الأول بتسليم المضمون بعد حلول الدين فى مكان يقدر فيه الطالب على خلاص دينه منه بالمرافعة أمام القضاء كما يبرأ بتسليم المضمون نفسه إلى دائنه بعد حلول دينه إن أمره الضامن بذلك، فإن سلم نفسه من غير أمر من الضامن أو سلمه أجنبى أو حدث التسليم فى جميع الأحوال قبل حلول الدين لم يبرأ الكفيل بذلك. ولا يشترط فى براءته بالتسليم أن يكون فى مجلس القضاء إذا لم يشترط الطالب على الكفيل إحضاره فيه، ويبرأ بالتسليم في مكان به حاكم أو قاض وإن لم يكن بالبلد الذى حدث به الضمان، ولا يبرأ بتسليمه فى مكان لا سلطان فيه ولا حاكم كالصحراء. فإن لم يحضره غرم الكفيل ما على المضمون من الدين بعد تلوم خفيف كاليوم إن قربت غيبة الغريم وإلا حكم عليه بالدين بلا تلوم، وهذا هو المشهور فى المذهب؛ خلافا لما ذهب إليه ابن عبد الحكم من القول بعدم الضمان كما هو مذهب الحنفية وأنه لا يلزمه إلا إحضاره، ويبرأ الكفيل بتسليمه على ما بينا ولو كان عند ذلك معدما خلافا لمن ذهب إلى أنه لا يبرأ بالتسليم إذا سلمه مليئا - وإنما يغرم الكفيل الدين بعدم إحضار المكفول إذا لم يقم البينة على عدمه عند حلول أجل الدين وهو غائب، أما إذا أثبت أنه كان عند حلول الأجل معسرا فلا غرم، ولو حكم الحاكم به لأنه حكم تبين خطؤه. وخالف إن رشد فذهب إلى التغريم ولو أثبت عدمه عند الأجل كما لا غرم إذا أثبت الكفيل موت الغريم قبل الحكم عليه بالغرم؛ لأن النفس المضمونة قد ذهبت، أما إن ثبت موته بعد الحكم فالغرم ماض.

وإذا لم يحضر الكفيل الغريم غرم ما على المضمون من الدين ولو كان ذلك لجهله بمكانه أو لعدم تمكنه من إحضاره إلا أن يثبت أنه قد مات قبل حلول أجل الدين فإنه يبرأ عند ذلك. كما يبرأ إذا لم يحضره وأثبت أنه أعدم قبل الأجل بأيام على ما ذهب إليه اللخمى خلافا لمن ذهب إلى إلزامه بالإحضار مليئا كان أم معسرا وهو المشهور فى المذهب.

أما ضمان الطلب فليس يلزم فيه الكفيل إلا طلب الغريم بما يقوى عليه فإن ادعى أنه لم يجده صدق وحلف أنه ما قصر فى طلبه ولا يعلم موضعه وغرم المال المطالب به الغريم إن فرَّط طلبه فى الإتيان به أو فى الدلالة عليه عند علمه بموضعه حتى تمكن الغريم من الهرب(١).

مذهب الشافعية:

أصح الأقوال عندهم صحة الضمان ببدن كل من استحق عليه الحضور فى مجلس الحكم عند الاستعداء عليه لحق آدمى كمدين وأجير وكفيل وقن آبق لمولاه، وكذلك من عليه عقوبة آدمى كقصاص وحد قذف وتعزير لا لحق من حقوق الله كحدوده، فإن كفل ببدن من عليه دين أو لديه مال ولو أمانة لم يشترط العلم بقدره ولكن يشترط أن يكون مما يصح ضمانه فلا تصح الكفالة ببدن من عليه زكاة أو ببدن مكاتب بالنجوم(٢).

وإذا عين فيها مكان التسليم تعين إن كان صالحا وإن لم يعين تعين مكان الكفالة إن صلح، ويبرأ الكفيل بتسليمه الغريم فى مكان التسليم بلا حائل يمنعه منه كمتغلب يمنع الطالب منه وبأن يسلم المكفول نفسه مظهرا أنه يسلم نفسه براءة للكفيل ولا يكفى مجرد حضوره دون إظهار ذلك.

وإذا غاب المكفول لم يلزم الكفيل إحضاره إن جهل مكانه لقيام عذره، فإن علم مكانه لزمه إحضاره عند أمن الطريق ويمهل مدة الذهاب والإياب على العادة، فإن مضت ولم يحضره حبس ما لم يؤد الدين لأنه مقصر، فلو أداه ثم قدم المطلوب كان له استرداد ما دفع، وقيل: إن كانت غيبته مسافة قصر لم يلزم إحضاره والأصح أنه إذا مات أو هرب أو توارى ولم يعرف مكانه لم يطالب الكفيل بما عليه من الدين وهو قول الحنفية وقيل يُغرم وهو قول المالكية .. والأصح أنه لو شرط فى الكفالة تغريم الكفيل المال عند عدم إحضاره بطلت لأنه شرط ينافى مقتضاها وقيل تصح مع هذا الشرط(٣).

---

(١) الشرح الكبير للدردير وحاشيته للدسوقى عليه جـ٣ ص٣٤٥ وما بعدها والمذاق جـ٥ ص١٠٥ وما بعدها إلى ص١١٦.

(٢) نهاية المحتاج جـ٤ ص٤٣١ وما بعدها.

(٣) نهاية المحتاج جـ٤ ص٤٣١ وما بعدها.

مذهب الحنابلة:

يجوز الالتزام بإحضار من عليه حق مالى إلى ربه سواء كان من عليه الحق حاضرا أم غائبا، فصحت الكفالة ببدن من عليه دين لازم معلوم كان الدين أم مجهولا للكفيل، ولا يمنع منها أن يكون المكفول محبوسا عند الحاكم؛ إذ المحبوس عنده يمكن تسليمه بأمر الحاكم، ولا تصح ببدن من عليه حد أو قصاص.

وصحت مع اشتراط ضمان المال إن لم يحضره. ووجب الإحضار فى مكان عين فيها، فإن وقعت الكفالة مطلقة عن المكان تعين الإحضار فى مكان الكفالة - متى أحضره الكفيل فى مكان العقد أو فى المكان المعين إن عين مكان الإحضار وأحضره فى مكان آخر بعد حلول أجل الكفالة أو أحضره قبل ذلك، ولا ضرر على الطالب فى تسلمه أو سلم المكفول نفسه فى محل التسليم ووقته برئ الكفيل كما يبرأ بموت المكفول[1].

وللكفيل إحضار المكفول ومطالبته بمصاحبته إلى الطالب إن كانت الكفالة بإذن المكفول، أما إذا كانت بغير إذنه فلا يلزم المطلوب بالحضور مع الكفيل إلى رب الدين إذ لم تشغل ذمته بذلك، وإذا كان المكفول غائبا، أمهل الكفيل بقدر ما يمضى إلى محله ويحضره.

وإذا لم يعلم الكفيل مكانه لزمه ما على المكفول من الدين لتقصيره فى تقصى حاله فكان بسبب ذلك متلفا، أما إن علم مكانه فمضى إليه ولم يحضره إما لتواريه أو هربه أو اختفائه أو لامتناع أو لغيره ذلك بحيث تعذر إحضاره مع حياته لزمه ما عليه من الدين. يقول الرسول ﷺ: «الزعيم غارم» إلا إذا شرط البراءة من المال فلا يلزمه عملا بالشرط. وإذا قدر الكفيل على المكفول به وهو المال بعد أداء ما غرمه بسبب عدم إحضاره المكفول لم يكن له أن يسلم ما كفل به إلى المكفول ثم يسترد ما دفعه إليه نتيجة لوصول حقه إليه، وإنما يحصل بذلك التقاص بين البدلين وذلك بخلاف المغصوب إذا تعذر إحضاره مع قيامه وغرم الغاصب قيمته ثم قدر عليه بعد ذلك فإن يرد إلى المغصوب منه ثم يسترد منه ما أخذه من القيمة؛ لأن الغاصب حيث لم يملك المغصوب يدفع قيمته، وإنما أخذت منه للحيلولة بين المال وصاحبه، وذلك بخلاف ما على المكفول من الدين فإن الكفيل بصير بدفع عوضه مالكا ملكا تاما لما أخذه من المكفول - ويبرأ الكفيل بموت الكفيل قبل غرمه فإذا غرم ثم ظهر موته استرد ما غرم.

(١) كشاف القناع جـ٢ ص١٧٨ وما بعدها.

وإذا ضمن شخص معرفة إنسان بأن جاء إنسان إلى آخر يستدين منه فقال له لا أعرفك فلا أعطيك فضمن له إنسان معرفة فداينه ثم غاب المستدين أو توارى أخذ الضامن بالدين فإن لم يعرف به ضمن.

ضمان ما يلقى فى البحر - إذا خيف غرق سفينة لثقل ما فيها وجب إلقاء ما لا روح فيه أولا؛ وذلك لحرمة ما فيه الروح فإن لم يكف ذلك ألقى الحيوان حرصا على حياة الآدمى.

ولو قال بعض أهلها لغيره: ألق متاعك فألقاه لم يضمنه له لأنه لم يكرهه على إلقائه، ولكن لو قال له: ألقه وأنا وجميع الركاب ضامنون ولم يأذنوه بذلك ولم يوافقوه ضمن قيمة ما يخصه نتيجة لقسمة قيمة ما طرحه فى البحر عليهم، وسواء فى ذلك أن يسمعوه فيسكتوا أو لا يسمعوه. ولو قال له: ألقه وكل واحد منا ضامن لك قيمته كان ضامنا وحده لقيمة ما ألقاه دون غيره من الركاب؛ لأنهم لا يشتركون معه فى هذا الضمان وعلى ذلك الحنفية الشافعية والحنابلة والزيدية والشيعة الجعفرية[1] غير أن الزيدية يسمون هذا النوع التزاما ولا يسمونه ضمانا.

أما المالكية فقد ذهبوا إلى أنه إذا خيف غرق السفينة بسبب تجاوز حمولتها قدر ما يحمل عليها عادة ولزم لنجاتها رمى بعض حمولتها كان من الواجب أن يرمى بعض حمولتها حفظا للأرواح والأموال وهو واجب شرعى على من فيها. وإثم تركه عليهم جميعا. ويسقط بفعل بعضهم. وعلى ذلك إذا قام به أحدهم لم يكن بطرح بعض المتاع متعديا بل قام بواجب عليه وبما كان يجب أن يقوم به غيره من أصحابه سواء أقام بطرح ماله أم بطرح مال غيره.

وعلى هذا إذا سلمت السفينة وما بقى عليها بسبب هذا الطرح التزم أصحاب الأموال السالمة بقيمة ما طرح فى الماء من المتاع إذا ضاع أو هلك بطرحه على نسبة ما لأموال كل منهم من قيمة. ويشترط لذلك أن يكون الطرح للإنقاذ من الغرق وأن يكون ضروريا للإنقاذ وأن تسلم بسببه السفينة وما بقى عليها، ويطرح الأثقل لينجو الأخف وقليل القيمة لينجو كثيرها ويكون الطرح بقدرالحاجة ويشترك فى تحمل العوض كل من انتفع بالطرح وذلك على خلاف فى ذلك بين المالكية.

---

(١) راجع كشاف القناع جـ٢ ص١٨٤ والمنتزع جـ٤ ص٢٧٠، تحرير الأحكام جـ١ ص٢٢٦ والبحر الزخار جـ٥ ص٧٨.

قال أبـو القاسم: إذا طرح بعض الحـمل للهول شـارك أهل المال المطروح من لم يطرح لهم شيء من متـاعهم وكان ما طرح وما سلم لجـميعهم لهم نماؤه عليـهم ونقصه لأنهم صونوا ما لهم بالمطروح والعدل عدم اختصاص أحدهم بالمطروح؛ إذ ليس أحدهم أولى من الآخر، وسواء أطرح الـرجل متاعه أو متـاع غيره بإذنه أم بغيـر إذنه. (ذخيرة) وعلل ذلك صاحب الذخيرة بأنه سعى في القـيام عن الغير بواجب لأنهم أجمعين يجب عليهم حفظ نفوسهم وأموالهم فمن بادر منهم بذلك قام بذلك الواجب.

وتوزع قيمة المطروح علـى ما فى السفينة من مال التجارة من الـعبيد والناض من الأموال والجوهر دون مال القنية وهو ما يقتنى للحاجة إليه. وقال بعض الفقهاء: ما ليس للتجارة فهو كالعدم إن طرح لم توزع قيمته، وإن لم يطرح لم يوزع عليه ولا يدخل في التحاص إذ هو من الوسائل لا من المقاصد. وقال ابن سلمون: إن هذا مذهب مالك.

أما رأى المالكيين من أهل العراق فهو أن التحاص يقع فى ذلك كله وعلى السفينة نفسهـا وذلك لنجاة الجميع بسـبب الطرح. وجمهور المالكية علـى وجوب الطرح لنجاة متاعهم - واختلف فى النقود من الدنانير والدراهم فقيل لا يوزع عليها شيء وقيل يوزع عليها لنجـاتها وهو الأشهر. وسـئل عن ذلك ابن رشد فقال: لا يجب فـيما طرح من المركب على ما عند الركاب من الذهب والورق سواء كـان وديعة لديهم أم بضاعة لهم، وإنما يجب ذلك على المـتاع - قـال ابن سلمـون: إن هذا هو الصـحـيح من الأقـوال. والقياس أن يكون التـحاص بحسب الأثقال لأنه سبب الغرق لكنه ترك إلى الاسـتحسان وهو أنه يكون بحسب القيمة لأنها المقصودة ولها الاعتبار.

وجملة القول فى ذلك . . أن من المالكيـة من ذهب إلى إشراك كل مال كان على خطر الهـلاك لولا الطرح فيـدخل فى المحاصـة جميع مـا نجا من الأمـوال بما فى ذلك السفيـنة ومتاعها وأدواتهـا. ومنهم من ذهب إلى عدم إدخال السـفينة. ومنهم من ذهب إلى أنه لا يحـمل التعويض إلا مـا كان فى السـفينة من مـال للتجارة، وإلـيه ذهب ابن حبـيب وأخذ به جـمهـور كبيـر من فقـهاء المالكيـة. أما أنفس الأحرار فـلا تدخل فى التعويض إذ لا قيمة لها.

أما القيمة التى تـعتبر فى ذلك فمن الفقهاء من ذهب إلى أنهـا القيمة فى موضع الحمل؛ لأنه وقت اخـتلاط الأموال وجميـعها فى المركب - وقيل مـوضع الوصول لأنه المقصـود بالحمل، وقـيل موضع الطرح أو أقـرب موضع إليـه من العمـار؛ لأنه موضع التلف. وقيل يعتبر ثمن الشراء. ذلك فيما يتعلق بقيمة المطروح. أما قيمة السالم فالعبرة فيها على ما يظهر قيمته فى مكان الوصول لأنه المقصود بالحمل.

الديات والأروش

ما يجب من الضمان المالى فى إتلاف النفس وما دونها

الاعتداء على النفس بإتلافها أو بجرحها بغير حق جريمة فى جميع الأعراف والشرائع منذ أقدم العصور؛ وذلك لمساسه بحق مقدس طبيعى هو الحياة. وكان ما يسببه من الألم والضرر والحقد فى نفوس المجنى عليه وأهله دافعا له على الرغبة فى الانتقام من المعتدى بأية صورة من الصور سعيا إلى شفاء النفوس مما أصابها وإطفاء ما يتأجج فيها من نيران العداوة والبغضاء وتجنبا لما يلحقهم من العار والمذلة والشعور بالضعة والضعف إذا ما تركوا الانتقام لأنفسهم ممن اعتدى عليهم. وكان هذا جزاء لا يرجع فى تقديره وتحديده إلا إلى رضاء النفس وشفائها مما أصابها بسبب هذا الاعتداء، ثم إلى ما للمعتدى عليه من قدرة وسلطان أمام المعتدى فى تنفيذ ما يجد فيه شفاء نفسه. ولذا كان هذا الجزاء يختلف شدة وضعفا باختلاف حال من اعتدى عليه وحال المعتدى قوة وبطشا وعلوا وخفضا، فهو جزاء شديد إذا ما كان جانب المعتدى عليه أشد قوة من جانب المعتدى وهو ضعيف أو غير مقدور عليه إذا لم يكن للمعتدى عليه أمام المعتدى حول ولا قوة، وكان لاختلاف الجانبين قوة وضعفا وقدرة وعجزا أثر فى الالتجاء إلى التعويض بالمال جزاء يقوم به جانب المعتدى لمن اعتدى عليه، وكان هذا التعويض يختلف مقداره أيضا باختلاف الأحوال والأعراف وبما لجانب المعتدى عليه من قدرة على إجبار جانب المعتدى على الاستجابة لما يطلب منه وما لدى المعتدى من ثراء، كما كانت تختلف وسائل التشفى.

غير أن اختلافها كان يقوم على التراضى بين الطرفين سواء أكان ذلك عن ضعف أم عن حب وطمع فى أخذ المال. وقد نشأت هذه الفكرة (فكرة الالتجاء إلى التعويض بالمال) عند جميع الشعوب، فقد وجدت عند العبرانيين وعرفتها شرائع اليونان والجرمان وشاع استعمالها عند العرب أهل الجاهلية قبل الإسلام؛ ولم يكن ذلك أمرا مرغوبا فيه عندهم إلا حيث يكون العجز عن أخذ الثأر قهرا وانتقاما. ولكن بمرور الزمن اعتاده كثير من القبائل رغبة فى السلام والوئام بسبب ما كانت تنهكهم تلك الحروب الطويلة الطاحنة التى يدفع إليها الأخذ بالثأر؛ إذ كانت لا تقتصر على أهل المعتدى والمعتدى عليه بل كان

يصلى بنارها جميع أفراد قبيلة الجانى وجميع أفراد قبيلة المجنى عليه لما كان معروفا فيهم من التضامن القوى بين أفراد كل قبيلة بعضهم لبعض ينصرون المظلوم منهم ويدافعون عن الظالم منهم وكانت هذه عادة أصيلة فيهم يرون فيها مظهر عزتهم وقوتهم وشرفهم ووجودهم.

وكان ما يدفع من المال فى هذه السبيل معروفا باسم الدية تارة وباسم الأرش تارة أخرى ولم يكن له مقدار معين فيما بينهم، كما لم يكن على نسق واحد بل كان يزيد وينقص تبعا لما يكون بين قبيلة الجانى والمجنى عليه من الاختلاف فى القوة والسمو والضعة والانحطاط إذا كانت القبيلة التى هى أكثر قوة وأشد بأسا تتحكم فى القبيلة التى هى أضعف منها، وكان للعرف مع ذلك أثر فى تحديد ما يعرض من المال وعدم المغالاة فيه فشاع فيما بينهم تحديده بمائة من الإبل إلا أن ذلك لم يكن أمرا ملزما واجب الاتباع فى جميع الأحوال بل كانت القبيلة المعتدى عليها عندما تشعر بالقوة وشدة البطش تطلب ما تشاء من الأموال والنعم، وكثيرا ما كان يتجاوز مقدار هذا المال المائة بعير إلى الألف أو يزيد؛ ولذا كان تحديد الدية عند أهل الجاهلية فى أكثر الأحوال منوطا بشخص المجنى عليه ومركزه ومركز أسرته وقبيلته وكأنه ثمن وعرض عن الدم المسفوك؛ وذلك فضلا عن أنه وسيلة وسبيل إلى نجاة الجانى وذويه من شرور الانتقام والغيلة؛ ولذا كانت فكرة دفع المال فى الجاهلية تقوم على طلب التعويض وأمن الجانى من شر الانتقام. وكان من عادة العرب فى الجاهلية ومن سمات فخرهم مسارعة أفراد القبيلة إلى جمع هذا المال ودفعه إلى أهل المجنى عليه بل كان سيد القبيلة فى كثير من الأحوال يقوم بدفعه من ماله الخاص.

وكان هذا المال يعرف بينهم باسم الدية تارة وباسم الأرش تارة أخرى. ففى «القاموس المحيط»: الدية بالكسر حق القتيل، جمعه ديات ويقال فى الفعل وداء كدعاه إذا أعطى ديته، والأرش الدية وما يدفع فيما بين السلامة والعيب من قيمة مالية وجمعه أروش.

الدية فى عرف الفقهاء:

عرفها صاحب «التبيين» الزيلعى بأنها اسم للمال الذى يدفع بدل النفس أو الطرف، - وبمثل ذلك عرفها قاضى زادة فى (تكملة فتح القدير «نتائج الأفكار فى كشف الرموز والأسرار» والرملى أحمد بن شهاب فى نهاية المحتاج) وفرق بعض الفقهاء بين الدية والأرش؛ فالإمام السرخسى يقول فى مبسوطه: الدية مال مؤدى فى مقابلة

متلف ليس بمال وهو النفس. والأرش بدل ما دون النفس. ويقول ابن عابدين فى حاشيته على الدر: الدية اسم للمال الذى هو بدل النفس، والأرش اسم للواجب فيما دون النفس. ولكن هذه التفرقة لم يراعها بعض الفقهاء إذ نجدهم يستعملون كلمة دية أيضا للدلالة على المال الواجب فى الأطراف أو الجروح، كما يستعملون كلمة أرش فيما تدل عليه الدية، ومنهم الذين عرضوا لهذه التفرقة وسأراعى هذه التفرقة، فى موضوعنا هذا فأخص بدل النفس باسم الدية وبدل ما دونها باسم الأرش.

وقد سمى بدل النفس عقلا كذلك إذ كان يؤتى بالدية من الإبل يتوجه بها ليلا إلى فناء أولياء المقتول فيعقلونها فيجدها أولياء المقتول صباحا معقولة بفنائهم ولذلك سميت عقلا كما سمى من يدفع الدية عاقلا، ومن هذا المعنى قيل العاقلة.

مشروعيتها:

لم تكن شريعة الدية كما ذكرنا شريعة ابتدعها الإسلام بل كانت معروفة قبل ظهوره عند العرب وعند غيرهم، وإنما جاءت الشريعة الإسلامية مكملة لما كان بها من نقص يحول دون تأديتها للغرض الذى يجب أن يطلب منها فأسستها على قواعد ثابتة وهذبتها بما يؤدى إلى وفائها بالغرض منها، وكان ذلك إقراراً لها على الأسس التى أقامتها عليها فجاء ذكرها فى الكتاب فى مواضع عديدة سنعرض لها فيما يأتى من الشرح والبيان؛ ومن ذلك قوله تعالى: ﴿ ... **كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلَى الْحُرُّ بِالْحُرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ وَالأُنثَىٰ بِالأُنثَىٰ فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتِّبَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ** ... ﴿١٧٨﴾ ﴾ [البقرة] وروى البخارى والشافعى والدارقطنى عن ابن عباس قال: كان فى بنى إسرائيل القصاص ولم تكن فيهم الدية، فقال الله تعالى لهذه الأمة: ﴿ ... **كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلَى الْحُرُّ بِالْحُرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ وَالأُنثَىٰ بِالأُنثَىٰ فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتِّبَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ** ... ﴿١٧٨﴾ ﴾ [البقرة]، فالعفو أن يقبل ولى الدم الدية فى العمد - فاتباع بالمعروف وأداء إليه بإحسان ذلك تخفيف من ربكم ورحمة مما كتب على من كان قبلكم.

وقوله تعالى: ﴿ **وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَن يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلاَّ خَطَئًا وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَئًا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ إِلاَّ أَن يَصَّدَّقُوا** ... ﴿٩٢﴾ ﴾ [النساء].

وقد تكفلت السنة ببيان مقدارها وكيفيتها؛ فعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال: قضى رسول الله ﷺ أن من قتل خطأ فديته من الإبل مائة: ثلاثون بنت مخاض

وثلاثون بنت ليـون وثلاثون حقة وعـشرة ابن لبون - أخـرجه أب داود والشـافعى[١].
وكان مما قضت به الشريعـة الإسلامية فى الدية أن أصبحت واحـدة لا تختلف باختلاف حال المجنى عليه قوة وشرفا وحسبا ونسبا وعزة وضعة وتغيرت طبيعتها وزال عنها عنصر الانتقام الذى كـان يدعو إلى التغالى فيـها إذا ما كان جانب المجنى عليه أشـد قوة وأشد سلطانا من جانب الجانى وإلى قلتها أو إغفالها أو اعتبارها تفضلا وإحسانا إذا كان جانب المجنِى عليه ضعـيفا عديم البأس والحيلة وتساوى فـيها الرفيع والكبير والصـغير والأمراء والسوقة.

الهدف من الديات:

لقد أشـرنا فيمـا سبق إلى أن شريعـة الديات شريعـة قديمة عرفت وطبـقت قبل الإسلام فى كثير من الأمم إن لم يكن ذلك فى جميعهـا؛ لاتساقها مع النزعات الطبيعية والرغبات النفسية والمـيول الاجتماعية، ولذا كانت معروفة ومطبـقة فى العصر الجاهلى، كما ذكرنا يدعو إليها حب الانتقام من المسىء باعـتبارها أذى يصيبه فى ماله جزاء إساءته لغيره، وفى ذلك ترضية لمن أسىء إليهم بشفاء صدورهم مما سببته تلك الإساءة من حقد وبغضاء ثم كانت مع ذلك وقاية مما يتوقعه المسىء من أذى يصيبه ممن أساء إليه ليثأر منه.

وكان فى اختـلافها باختلاف حال من مـسه الأذى شرفا وضعة وقـدرا وخسة فى معنى التعويض أو الثـمن عن دمه المسفوك. ذلك كان وضعها فى الجـاهلية قبل الإسلام فهل ظلت على هذا الوضع بعد الإسـلام وبعد أن تناولتها الشريعة الإسلامـية بالتهذيب والتعديل؟.

لقد عرفنا أن ضمان المال الذى يدفع لمن أصابه ضرر فى ماله إنما يقوم فى الشريعة على فكرة التعويض وإزالة ذلك الضرر برد الأمر إلى ما كان عليه قبل حدوثه، وذلك لا يتحقق إلا فى الضرر المالى الذى يتمثل فى فقـد المال ليحل محله ما يعوضه من مال يرد الأمر إلى مـا كان عليه قبل الفـقد؛ ولذا لم ير فقهـاء الإسلام محلا للضـمان المالى أو التعويض بالمال عن ضرر لا يرتفع بدفع المال، وهذا فى كل حال لا يترتب على الاعتداء فيها فـقد مال قائم، ومن ثم لم يروا التعويض فى الأضرار الأدبيـة ولا فى الضرر بفقد الأمل فى مال متوقع حـدوثه؛ إذ ليس فى دفع المال فيها إعادة الأمر إلـى ما كان عليه، وعلى ذلك فـمـاذا يكون وضع الديات والأروش بالنظر إلى هذا الأسـاس وليـست إلا

---

(١) بنت المخاض ما دخلت فى السنة الثانية، وبنت اللبون ما دخلت فى الثالثة، والحقة ما دخلت فى الرابعة.

أموالا تدفع فيما لا يعد مالا أو فيما لا يقوم بالمال وذلك لعدم تقوم نفوس الأحرار وأبدانهم وأعضائهم وعدم اعتبارها من الأموال، وهذا بخلاف الأمر فى الأرقاء إذ يستوجب الاعتداء عليهم إيجاب التعويض المالى على المعتدى بدفع قيمة ما فقد من أبدانهم لاعتبارهم مالا تجرى فيه المعاملات المالية بيعا وشراء ومبادلة. وبناء على ذلك يقوم التساؤل على الأساس الذى بنى عليه الشارع الإسلامى شريعة الديات والأروش. في تقديره الديات والأروش بخاصة إذا روعي ما يدل عليه قوله تعالى: ﴿... فَمَنِ اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ ... ﴿١٩٤﴾﴾ [البقرة] وقوله تعالى: ﴿وَجَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِّثْلُهَا فَمَنْ عَفَا وَأَصْلَحَ فَأَجْرُهُ عَلَى اللَّهِ إِنَّهُ لا يُحِبُّ الظَّالِمِينَ ﴿٤٠﴾﴾ [الشورى] وقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ كَسَبُوا السَّيِّئَاتِ جَزَاءُ سَيِّئَةٍ بِمِثْلِهَا ... ﴿٢٧﴾﴾ [يونس] وما توجبه هذه الآيات من التساوى بين السيئة وجزائها هو الأصل الذى بنيت عليه شريعة القصاص التي أوجبها قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلَى الْحُرُّ بِالْحُرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ وَالأُنثَىٰ بِالأُنثَىٰ ... ﴿١٧٨﴾﴾ [البقرة] وقوله تعالى: ﴿وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالأَنفَ بِالأَنفِ وَالأُذُنَ بِالأُذُنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ ... ﴿٤٥﴾﴾ [المائدة] وليس بين المال والنفس أو بين المال وقطع الطرف أو بين المال والجرح تماثل وتساو.

الذى يبدو أن الشارع الحكيم قد لاحظ أن عقوبة القصاص مع قيامها على مبدأ المساواة بين الجريمة والجزاء لا تصلح فى جميع الأحوال لأنها إن صلحت فى بعض أحوال العمد لا تصلح فى بعض حالات أخرى من حالاته لا تتحقق فيها المساواة بين الجريمة والجزاء لعدم إمكانها، كما لا تصلح للسبب نفسه فى أحوال الخطأ إذ لم يقصد الفاعل فيها إحداث ما وقع من الضرر وكان اعتباره ضررا سماويا أقرب من اعتباره ضررا مسئولا عنه من أحدثه. ومن الظلم فى هذه الأحوال أن يفعل به ما لم يرد أن يصيب به غيره أو مثل ما صدر منه على غير إرادته واختياره.

ومن أجل ذلك عدل فى هذه الأحوال عن مبدأ المساواة والتماثل بين الجريمة والجزاء ولم يشرع فيها القصاص غير أنه لم يكن من العدل مع ذلك إعفاء الجانى فيها من المسئولية، وكان من الواجب أن يصان دم الإنسان من الهدر وأن يضمن الفاعل ما به تخف آلام المجنى عليه أو ضرره ويذهب عنه بقدر الإمكان غيظ القلوب وحقد النفوس. وللمال فى هذه السبيل أثره الطيب المعروف فى تخفيف الآلام وشفاء ما فى الصدور لما يؤدى إليه من أذى لدافعه بنقص ماله ومنافع لمن دفع إليه يطيب بها عيشه ويجد فيها

معونته على الحياة ومطالبها فكان ذلك أساس شرع الديات والأروش فضلا عما قد يترتب عليها من الزجر والردع لمن تحدثه نفسه بأذى يمس غيره.

والدية بهذا الاعتبار تشبه الغرامة والعقوبة من جانب وتشبه التعويض من جانب آخر، وليس بالتعويض المحض ولا بالعقوبة المحضة لعدم اختلافها باختلاف الجرائم كبرا وصغرا وقوة وضعفا. وليس هذا شأن العوض ولا شأن العقوبة بل الشأن فيهما الاختلاف، ثم هى من ناحية أخرى لا تجب فى مال الجانى فى كثير من أحوالها بل تجب على العاقلة. والعقوبة إنما تنزل بالجانى لا بغيره؛ وذلك لقول الله تعالى: ﴿أَلَّا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ ۝٣٨﴾ [النجم] كما أن عدم متابعتها للجريمة عظما وضعفا يتنافى مع اعتبارها عوضا. وإذا لم تكن الديات والأروش تعويضا كاملا أو تعويضا محضا فذلك ما يدعو إلى التساؤل عن حق المجنى عليه عند وجوب الدية له فى طلب تعويض آخر مع الديات والأروش عما أصابه من ضرر بناء على أنها لم تشرع تعويضا كاملا عن جميع ما يصيب المجنى عليه، ولم يلاحظ فيها إلا أنها تعويض عن حق الحياة الذى يتساوى جميع الناس فى التمتع به. وقد قدره الشارع ولم يجعله مختلفا باختلافهم، ومن ثم كان مقداره واحدا يستوى فيه الناس جميعا. إنه إذا أريد بهذا التساؤل بيان رأى الفقهاء فى ذلك فهذا ما يعنينا بيانه؛ لأن الفقهاء على اختلاف مذاهبهم لم يتعرضوا لهذا الموضوع نفيا أو إثباتا بصورة صريحة، كما لم يؤثر عن رسول الله ﷺ فيه أثر خاص ولم يكن فى بيان حكمه إجماع، وكل ما أثر عن الفقهاء مما يمكن أن يكون له سبب اتصال بذلك قولهم عند كلامهم على الديات ومقاديرها أنه ليس للمجنى عليه أن يتجاوز المقادير المقررة لها شرعا. والبادى أنهم يريدون بذلك منع التجاوز باعتباره زيادة فى الديات المقررة من الشارع. وهذا لا يمنع القول بأن ينال المجنى عليه تعويضا ماليا ينظر فيه إلى تعويض ما حدث فشرع الديات لتعويضه تحقيقا لرفع الضرر. ويؤيد هذا ما ذهب إليه بعض الفقهاء من جواز زيادة التعويضات المقدرة من الشارع بطريق التعزير إذا اقتضت مصلحة المجتمع ذلك؛ إذ لم يكن تقديرها مانعا من الزيادة عليها عندئذ، فإذا رؤى أن ثمة ضررا كبيرا نزل بالمجنى عليه بسبب هذه الجريمة فليس من العدل عدم مراعاته والتسوية فى الجزاء بين جريمتين أحدهما لم تحدث ضررا ذا بال وأخرى أحدثت ضررا عظيما وكيف يمكن حينئذ أن نتصور تحقيق التماثل فى الصورتين بين الجريمة والجزاء، فى حين أن الجزاء فيهما واحد والجريمة فيهما مختلفة ومتفاوتة وكذلك ضررها تفاوتا عظيما غير أنه يلاحظ مع ذلك وقد قام التعويض بالمال فى الفقه الإسلامى على

أساس المبادلة والمعاوضة بين المال الفاقد والجزاء فإنه يجب لذلك أن ما يدفع من المال تعويضا مضافا إلى الديات والأروش مقابلا بضرر مالى يجوز الاعتياض عنه، وبعبارة أدل على المعنى المراد فإن التعويض يجب أن يكون عن ضرر مالى يتمثل فى فقد مال كان قائما وذلك ما لا يتحقق غالبا فى الأحوال التى تجب فيها الديات والأروش، وهذا ما تقضى به نظرية الضمان فى الفقه الإسلامى. ولكن إذا ما أمكن إقامة الضمان على نظرية أخرى هى تخفيف الألم عن المصاب وإرضاء نفسه واعتلال الغل والحقد من قلبه وذلك ما يقوم به المال يدفع إليه إرضاء له أمكن حينئذ على هذا الأساس القول بجواز التعويض عن ضرر لم يلاحظ فى فرض الدية وتقديرها، وقد يؤيد هذا أن الديات حين شرعت وعرفت شرعت للغرض الذى أشرنا إليه آنفا كما بينا ذلك، وأن الشريعة حين أقرتها فى ذلك الوسط وسط البادية حيث يعيش أهلها من الرعى ونتاج الحيوان والنعم وثمار النخيل وما أشبه ذلك أقرتها دون نظر إلى الصناعة والعمل على مستوى الناس جميعا إذ لم يكن ضرر الجرائم فى هذا الوسط يتعدى إلى غير الألم الجسمانى أو النفسى الذى يعتاض عنه بالديات. أما فى عصرنا هذا فقد تضاعفت فيه متطلبات الحياة وحقوقها وواجباتها وتكاليفها مما جعل غالب الناس يعيش من عملهم وكان ضرر الجريمة لا يقف عند الأضرار الجسمانية أو النفسية بل كثيرا ما يتجاوزها إلى أضرار مادية تحول دون العمل وكسب المال مما كان متوافرا للمجنى عليه من قبل، وفى مثل هذه الأحوال قد يرى من العدل أن يكون لمن أصابته تلك الأضرار أن يطالب بتعويض عنها فوق ما يعطاه من دية، وبخاصة إذا لاحظنا أن ذلك لا يعدو أن يكون تعويضا عن فقد منافع ليس ما يمنع من اعتبارها أموالا يستعاض عنها بالمال إذ لم يرد عن الشارع بيان فيما يعتاض عنه بالمال من المنافع وما لا يعتاض عنه بالمال وإنما الأمر فى ذلك يجب أن يرجع فيه إلى العرف.

ومن البين أن القول بذلك لا يتنافى مع وجوب الدية فإن الدية كما قدمنا لا تعد تعويضا كاملا لعدم تفاوتها قدرا بتفاوت الاعتداء الذى وجبت فيه ضررا. وليس هذا وضع التعويض، وبخاصة إذا لوحظ مع هذا وجوبها على غير المعتدى وهو عاقلته كما أنها لا تعد عقوبة لعدم اختصاصها بالمعتدى ووجوبها على غيره، ولهذا اختلفت فيها آراء علماء القانون الجنائى فمنهم من ذهب إلى أنها وسيلة إلى إطفاء ما فى نفس المجنى عليه من حرارة الألم والغيظ فكانت ترضية له بقدر محدود وتعويضا عن نوع من الضرر المعنوى. ومنهم من رآها وسيلة لزجر المعتدى وردع غيره فأشبهت لذلك العقوبة وليست

عقوبة. ومنهم من رآها بدلا عن النفس أو عن الحياة دون نظر إلى ما ترتب على الجريمة من ضرر. وعن هذه الآراء ذهبوا إلى جواز طلب التعويض معها على أنه قد يقوم فى سبيل تطبيق ابتناء التعويض على نظرية المعاوضة أن هذه النظرية تستلزم تملك دافع التعويض لما دفع فيه العوض. وذلك ما لا يتحقق فيما لا يصح تملكه كما فى إتلاف خمر الذمى ودفع التعويض عنه؛ إذ لا يصح تملك الخمر، وهذا نقض يستوجب عدم صحة هذه النظرية وامتناع تطبيقها لعدم اطرادها، وإذا امتنع تطبيقها جاز حينئذ تأسيس التعويض على فكرة إرضاء النفس وزوال الحقد وعندئذ يصح أن يضم إلى الديات ما يرى وجوبه من تعويض مالى.

مايستوجب الإلزام بالدية:

يستوجب الإلزام بالدية أو بالأرش الاعتداء فى غير عمد على النفس بإزهاق الروح أو على ما دونها من أجزاء الجسم بما يحدث فيه أثرا، كما يستوجبها كذلك هذا الاعتداء إذا كان عن عمد امتنع القصاص فيه بسبب من الأسباب المانعة منه شرعا. وفيما يلى بيان ضروب هذا الاعتداء فيما ذهب إليه الفقهاء.

١- يرى الحنفية أن الاعتداء على النفس بإزهاق الروح قد يكون عمدا أو شبه عمد أو خطأ أو جرى مجرى الخطأ كما يكون بطريق التسبب.

فيكون عمدا إذا كان بسلاح أو بما يشبه السلاح مما يفرق الأجزاء ويستعمل فيه السلاح من كل محدد من جسم صلب كالحجر والخشب أو غير صلب كالنار. وهذا عند أبى حنيفة، وذهب أبو يوسف ومحمد إلى اعتبار القتل بغير سلاح من كل ما يحدث به الهلاك غالبا وإن لم يكن معتادا من قبيل شبه العمد كالضرب أو الرمى بحجر عظيم أو خشبة عظيمة.

ويكون شبه عمد إذا كان إزهاق الروح فيه عن عمد بما ليس سلاحا ولا بما أجرى مجرى السلاح سواء أكان الهلاك به غالبا كما فى الضرب بالحجر العظيم أم لم يكن غالبا كما فى الضرب بالسوط، وهذا عند أبى حنيفة.

وقال صاحباه: شبه العمد هو ما يكون إزهاق الروح فيه عن عمد بما لا يحصل به الهلاك عادة كالضرب بالعصا عند عدم تواليه، أما إذا توالى فأزهق الروح كان عمدا عندهما وشبه عمد عند الإمام.

ويكون خطأ إذا كان عن خطأ فى القصد كأن يرمى إنسان شخصا على ظن أنه صيد فإذا هو إنسان أو كان عن خطأ فى الفعل كأن يرمى إنسان هدفا معينا فيصيب إنسانا لا يقصده. أما ما أجرى مجرى الخطأ فكأن ينقلب نائم على طفل فيقتله، والقتل بطريق التسبب كأن يحفر إنسان بئرا فى غير ملكه فيتردى فيه إنسان فيموت.

٢- **ويرى الشافعية** أن أنواع الجناية على النفس ثلاثة عمد وخطأ وشبه عمد، فيكون عمدا عند قصد الفعل والشخص بما يقتل غالبا سواء أكان جارحا أم مثقلا أم ليس كذلك فإن فقد أحد القصدين فخطأ كأن قصد رمى شجرة أو آدمى فأصاب غير ما قصده فمات، ومن الخطأ انقلاب نائم على طفل أدى إلى موته لعدم القصد من النائم.

وإن قصد الفعل والشخص بما لا يقتل غالبا فمات وأمكن فى العادة نسبة الهلاك إليه فشبه عمد وذلك لوجود القصد، ولكنه لا قصد فيه إلى قتل بدليل الآلة المستعملة وإن أدى إلى قتل منسوب إليه. ومنه الضرب بالسوط بلا توال، أما إذا لم تكن نسبة الهلاك إليه مقبولة معروفة فهدر كضرب بنحو قلم فى غير مقتل.

ومن العمد عندهم كل فعل يؤدى إلى الهلاك غالبا سواء أكان بمحدد أو بمثقل أو بغير ذلك كغرز إبرة فى مقتل، وكالحيلولة دون نزف جرح وكحبسه ومنع الطعام عنه أو إطعامه طعاما مسموما بقصد قتله أو إلقائه فى بحر أو نهر وهو لا يحسن السباحة أو غمره بدخان سلط عليه بقصد اختناقه.

وقريب من هذا البيان فى أنواع بيان القتل المالكية فالفرق بينهم يسير جدا.

٣- **ويرى الحنابلة** أن القتل أنواع ثلاثة: عمد وشبه عمد وخطأ. فالعمد يكون حين القصد إلى قتل إنسان بما يغلب على الظن القتل به، ومن ذلك الشهادة أمام القضاء بما يوجب قتل المشهود عليه شرعا، وشبه العمد يكون عند القصد بما لا يقتل غالبا إذا لم يحدث من ذلك جرح مميت ومنه القتل عن طريق التسبب عند القصد إليه. وأما الخطأ فضربان: خطأ فى القصد كأن يرمى من يظنه صيدا فإذا هو إنسان أو بفعل ما له فعله وما هو حق له فيقتل بذلك إنسانا دون قصد إلى ذلك. وخطأ فى الفعل ويكون عندما يرمى صيدا فيصيب إنسانا أو يفعل ما يتسبب عنه قتل إنسان بلا قصد.

وموجب القتل من المال إذا لم يكن عمدا الدية باتفاق جميع المذاهب، أما إذا كان عمدا فموجبه القصاص والإثم لقوله ﷺ: «العمد قود» أى قصاص؛ وذلك ما لم يمنع من القصاص مانع، أما عند المانع منه فالواجب الدية بدلا عنه، وموانع القصاص عديدة

وتختلف باختلاف المذاهب وذلك نتيجة لاختلافهم فى شروط وجوبه، فإذا فقد شرط منها لم يجب ووجبت الدية حتى لا يهدر الدم؛ وبيان ذلك فى بيان القصاص وشروطه وما هو محل اتفاق منها وما هو محل اختلاف بين المذاهب. فتوفر القصد من الجانى شرط فى القصاص باتفاق فإذا لم يتوفر بأن لم يكن منه قصد إلى القتل أو قصد إلى المجنى عليه كما تقدم فى بيان الخطأ لم يجب القصاص ووجبت الدية.

ولذا تجب الدية فى جناية المجنون والصبى دون القصاص لعدم القصد المعتبر شرعا.

وتوفر المكافأة بين الجانى والمجنى عليه شرط فى القصاص عند بعض الفقهاء وليس شرطا عند آخرين، ولذا ذهب الحنفية إلى أنه يقتص من الحر إذا قتل العبد لتحقق المكافأة الإنسانية وحق الحياة، وكذلك يقتص من المسلم بالذمى، وخالف فى ذلك الشافعية فأوجبوا الدية على القاتل فى هذه المسألة وأمثالها ولم يوجبوا القصاص لعدم المكافأة فى نظرهم فى الإسلام والحرية والملك؛ ولورود الآثار بذلك فيما صح عندهم من الأخبار. وعلى ذلك فموجب شبه العمد، وكذلك العمد إذا امتنع القصاص فيه لسبب من الأسباب الدية، والدية الواجبة فيه عندئذ الدية المغلظة.

أما موجب الخطأ وما جرى مجرى الخطأ والقتل تسببا فالدية المخففة وسيأتى بيان ذلك عند الكلام على مقدار الدية.

مما تقدم يبين أن الواجب فى العمد هو القود وأن الواجب فيما عداه الدية، غير أن موجب العمد كان محل خلاف بين الفقهاء فى بيانه، فقد ذهب أبو حنيفة وأصحابه ومالك فيما رواه أبو القاسم عنه والثورى وآخرون إلى أن موجبه هو القود عينا وليس لولى الدم إلا حق القصاص فله طلبه وليس له غيره من دية أو عوض إلا برضا القاتل فيستحق ذلك عند وجوبه بالاتفاق والصلح إلا بالقتل.

وذهب الأوزاعى والليث فى رواية أشهب والشافعى وأحمد إلى أن موجب العمل ابتداء هو القود، والدية بدل عنه، ومن حق الولى أن يعدل عنه إليها باعتبارها بدلا شرعيا عنه؛ ولذا يكون له الخيار بين طلب القصاص وطلب الدية وإن لم يرض القاتل. ويستند أصحاب هذا الرأى الأخير إلى ما رواه أبو شريح الكعبى أن رسول الله ﷺ قال فى خطبته يوم فتح مكة: «ألا إنكم يا معشر خزاعة قتلتم هذا القتيل من هذيل وإنى

عاقله فمن قتل له بعد مقالتى هذه قتيل فأهله بين خيرتين أن يأخذوا العقل أو يقتلوا» رواه أبو داود وقال الترمذى: حديث حسن صحيح.

وفى رواية عنه أن رسول الله ﷺ قال: «من قتل له قتيل فله إما أن يقتل أو يعفو أو يأخذ الدية» كما روى عنه «من قتل له قتيل فهو بخير النظرين: إما أن يقتل وإما أن يودى» ويرون أن حق العبد بسبب القتل قد شرع جابرا.

وفى كل من القود والدية ضرب من الجبر فكان له أن يختار ما يسد حاجته ويتعين به الواجب كما فى الكفارات عند التخيير مثل كفارة اليمين، وكما فى المثلى إذا وجب ثم انقطع فلم يوجد إذ لمن وجب له أن يرضى بالقيمة فى الحال أو يصبر إلى أن يوجد المثلى ثانية، ولأن الدية باختيارها قد تعينت دافعا لهلاك الجانى قصاصا وهو بامتناعه عنها حينئذ متعنت وملق بنفسه إلى التهلكة فيجبر عليها ولا يحتاج إلى رضاه؛ كالمضطر إذا وجد مال الغير ومعه ثمنه فإنه يتعرض له شرعا يجبره على أخذه بثمنه إحياء لنفسه.

واستند أصحاب الرأى الأول إلى ما يدل عليه ظواهر الكتاب العزيز من إيجاب القصاص فى القتل مع اقتصاره عليه دون ذكر للمال إذ يقول الله فى كتابه ﴿ ... كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلَى الْحُرُّ بِالْحُرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ وَالأُنثَىٰ بِالأُنثَىٰ ... ﴿١٧٨﴾ ﴾ [البقرة] فدل ذلك على أن القصاص بموجب القتل لا المال. وإلى أن استحقاق مال إنسان لا يكون إلا بتجارة عن رضا منه لقوله تعالى: ﴿ ... لا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلاَّ أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ ... ﴿٢٩﴾ ﴾ [النساء]، أو بإيجاب من الشارع وإلى ما روى عن النبى ﷺ من قضية الربيع حين كسرت ثنية جارية إذ قال ﷺ كتاب الله القصاص، فأخبر أن موجب العمد القصاص وما روى عنه ﷺ من قوله ﷺ العمد قود - وقد قال تعالى فى كتابه: ﴿ ... فَمَنِ اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ ... ﴿١٩٤﴾ ﴾ [البقرة].

ولا شك أن المثلية إنما تتحقق عند القتل بالجزاء عليه بالقتل وهو القود، وإذا كان المثل هو القود وذلك بإتلاف نفسه كما أتلف نفس غيره وأنه يكون كالمتلف مال غيره عندما يكون له مثل؛ إذ ليس له عندئذ أن يعدل عن مثله فى التعويض إلا برضا صاحب المال، ولو كان للولى الاختيار بين القود وأخذ الدية لما اقتصر الرسول عليه الصلاة والسلام عليه فى بيانه جزاء القتل. ويؤيد ما ذكر ما نقل عن ابن عباس من قوله: العمد قود لا مال فيه. والمال لا يصلح جزاء وموجبا لعدم المماثلة بينه وبين النفس صورة ومعنى فلا يصلح جابرا. والقصاص يصلح جابرا للتماثل صورة ومعنى لأنه قتل بقتل

ولأن المقصود بالقتل قصاصا الانتقام وذلك ما يتحقق بقتل الجانى. والمراد بما روى من ثبوت الخيار للولى إثباته له عند إعطاء القاتل الدية فهو إن شاء أخذها وعفا بأخذه إياها وإن شاء رفض وتمسك بالقصاص. وتخييره هذا لا ينافى رضاء الآخر الثابت بإقدامه على الدفع والأداء، ويماثل هذا قوله ﷺ فى العلم: لا تأخذ إلا سلمك أو رأس مالك. أى لا تأخذ إلا سلمك عند المضى فى العقد ولا تأخذ إلا رأس مالك عند التفاسخ؛ فخيره بينهما. ومعلوم أنه لا يأخذ رأسماله إلا برضا المسلم إليه لأن الفسخ لا يتم إلا بتراضيهما.

وجملة القول أن النصوص صريحة فى أن موجب العمد القصاص؛ ولذا صح العفو عنه عند اختياره وإذا كان هو الواجب الأصلى لم ينفرد الولى بالعدول عنه إلى بدل إلا بالتراضى ليحقق معنى المعاوضة حينئذ وهى تقوم على التراضى.

وبناء على ما تقدم ذهب الحنفية إلى أن الولى إذا عفا وكان عفوه مطلقا لم يجب شىء من المال على القاتل، وإن كان نظير مال لم يجب إلا برضى القاتل زاد ذلك المال على الدية أو نقص عنها أو ساواها. فإذا لم يرض سقط القصاص ولم يجب شىء على القاتل وإنما سقط القصاص فى هذه الحال لأن جنوح الولى إلى المال بدلا عنه يعد تركا له.

وكان لولى الدم عند الحنفية ألا يرضى بغير القصاص من القاتل ولا يجبر على أخذ الدية منه إذا ما رغب القاتل فى ذلك، ولا تجب الدية إلا باتفاقهما فيكون وجوبها أثرا ونتيجة للاتفاق لا أثرا للجريمة، ولذا كان هذا الاتفاق صلحا له أحكام الصلح فيلزم بما تم الاتفاق عليه من مال زاد على الدية أو نقص عنها أو ساواها. وقد كانت تجرى بذلك عادة العرب قبل الإسلام فلم يكن يجب مال فى قتل إلا بناء على صلح وتراض.

أما على قول الشافعية ومن ذهب مذهبهم فالأمر لولى الدم إن شاء اقتص وإن شاء عفا وإن شاء أخذ الدية وإن لم يرض بها الجانى وله العفو على الدية أو على أقل منها دون أن يتوقف نفاذ ذلك، وإلزام الجانى بما تضمنه من البدل على رضاه سواء أقلنا إن موجب العمد هو القود والدية بدلا عنه كما سبق أم قلنا أن موجب العمد أحدهما وهو القول الثانى عند الشافعى وهذا ما يؤيده ما فى الصحيحين من قوله ﷺ: «من قتل له قتيل فهو بخير النظرين إما أن يودى وإما أن يقاد»، وعلى القول الأول وهو ما ذهب إليه الحنفية إذا أطلق العفو فلم يعلقه على بدل سقط القصاص ولا دية وقوله تعالى: ﴿فَاتِّبَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ ﴿١٧٨﴾﴾ [البقرة] محمول عن العفو على الدية.

ولهذا إذا اختار الدية عقب العفو المطلق وجبت إذا كان عفوا عن القود لأنه الواجب حينئذ ووجبت لالتحاق عبارته بعفوه فكأنه علقه عليها - ولو عفا عن الدية ابتداء لغى عفوه لأنه عفو عما لم يجب ولم يستحق، ولذا كان له العفو عن القود بعد عفوه عن الدية ابتداء لبقاء وجوبه. ولو عفا على غير جنس الدية من المال لزم البدل إن رضى الجانى وإلا لم يلزم ويبقى حق القود على الأصح ومقابله يسقط القود لرضا الولى بالصلح عنه وإن لم يتم.

ولو تصالحنا على بدل هو من جنس الدية وكان أكثر منها لغى على القول الذى ذهب إليه الشافعية وهو أن الموجب أحدهما مبهما ويصح على القول بأن الموجب ابتداء هو القود وهو رأي الحنفية، وإنما لم يصح على قول الشافعية لأنه يعد صلحا عن واجب هو الدية بأكثر منه من جنسه وفى ذلك ربا[١].

وأما قوله تعالى بعد ذكر القصاص: ﴿ ... فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتِّبَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ ... ﴿١٧٨﴾ ﴾ [البقرة] فليس فيه ما يؤيد أحد الرأيين صراحة إذ قد يكون المعنى فيه أن القاتل إذا عفى له ولى المقتول عن دم مقتوله وأسقط القصاص فإن الولى يأخذ الدية ويتبع بالمعروف ويؤدى إليه القاتل بإحسان، وعليه يكون المراد باسم الموصول «من» القاتل و «بالأخ» المقتول و «بشىء» الدم الذى يعفى عنه، ويرجع إلى أخذ الدية وهذا قول ابن عباس وقتادة ومجاهد.

وروى عن مالك أن المراد «بمن» الولى ومعنى «عفى له» يسر له والمراد «بالأخ» القاتل و «بشىء» الدية أى أن الولى إذا جنح إلى الدية بالعفو عن القصاص فإن القاتل مخير بين أن يعطيها أو يسلم نفسه، وغير مالك يقول: إذا رضى الأولياء بالدية فلا خيار للقاتل بل يلزمه، وقد روى هذا أيضا عن مالك.

وفى رأيى أن معنى «عفى» يبذل، والمعنى فإذا بذلت الدية للولى فاتباع بمعروف وأداء إليه بإحسان، ولذا لم يكن فى الآية ما يؤيد أحد الرأيين.

شروط وجوب الدية:

يشترط لوجوب الدية فيما يصيب النفس أو ما دونها خمسة شروط:

١- الأول أن يكون ما يستوجب الدية فعلا غير مشروع إذ إن إقدام الشخص على فعل هو حق له لا يترتب عليه مساءلته متى لم يتجاوز حقه الشرعى فيه ولو تسبب عنه

(١) نهاية المحتاج جـ٧ ص٢٦٩.

تلف أو ضرر، ومن ذلك القتل يقدم عليه الشخص فى حال الدفاع المشروع إذا لم يتجاوز حدوده كأن يقتل شخص آخر دفاعا عن نفسه أو عن أهله أو عن ماله. وكأن يجد رجلا مع امرأة يزنى بها ويعلم أنه لا ينزجر بالصياح أو الضرب بما دون السلاح فيقتله إزالة ومنعا للأمر المنكر، كما يكون له أيضا قتلها إن علم أنها مطاوعة له. لأن ذلك من قبيل إزالة المنكر وهو حق متعين عليه فى هذه الحال[1] فلا يسأل عنه؛ وذلك إذا لم يجد وسيلة لصرفه ومنعه عن هذا المنكر إلا بقتله. أما الأب إذا ضرب ولده أو المعلم إذا ضرب صبيه أو الزوج إذا ضرب زوجته فأدى ذلك إلى تلف نفس أو عضو فإنه يضمن بفعله فى قول أبى حنيفة والشافعى؛ إذ لا يكون ذلك إلا عند تجاوزه الحد الشرعى فإذا لم يجاوز الحد كان ذلك من باب القضاء والقدر. وذهب مالك وأحمد إلى سؤاله لأن الأثر الذى ترتب على فعله دليل تجاوزه الحد. ولا يسأل الطبيب الممارس للطب عما يصيب المريض بسبب علاجه، لقول النبى ﷺ: «ليس على مداو ضمان» وقوله: «من طَبَّ ولم يعلم عنه قبل ذلك طب فهو ضامن». وكذا لا ضمان على من قتل شخصا محكوما عليه بالقتل لردة أو قصاص وإن عزر لارتكابه ما ليس له فعله.

٢- أن يكون سبب القتل أو التلف فعلا ماديا فمن أخبر شخصا بخبر ففزع منه فمات فلا ضمان عليه.

٣- ألا يكون المجنى عليه قد اشترك فيما أدى إلى إصابته اشتراكا يمنع من إضافة الجناية إلى من أحدثها. أما إذا لم يمنع فإن على محدثها الضمان، وعلى ذلك إذا أعطى إنسان آخر السم فتناوله وهو لا يعلم أنه سم فمات فلا قصاص ولا دية عند أبى حنيفة ولكن ذلك لا يمنع من التعزير بحسب ما تقضى به الحال والظروف، ولكن لو وضعه فى طعامه المعد لأكله فأكله فمات كان عليه ديته كما لو أوجره فى فيه ولو وضعه فى شراب غير معد لشربه فشربه فلا دية، ولو ألقى شخص آخر فى الماء فغرق لساعته فمات فعليه ديته ولكن لو لم يغرق ولكنه سبح فى الماء مدة ثم غرق فلا دية إذ كانت وفاته فى الأولى بطرحه[2] وفى الثانية لعجزه عن السباحة، وكذلك من جرح شخصا جرحا غير قاتل فعالجه بدواء سام أدى إلى موته لم يسأل الجارح إلا عن الجرح فقط ولا دية عليه، وهذا بخلاف ما إذا عالجه بما يشفى به الجرح عادة فمات؛ إذ يجب عليه الدية لسريان الجناية إلى النفس.

---

(١) البحر جـ٥ ص٤٥.

(٢) الشلبى على الزيلعى جـ٦ ص١٠١.

٤- يجب فيمن تجب بقتله الدية أن يكون معصوما فلا دية فى قتل الحربى والباغى لعدم العصمة وتجب في قتل الذمي والمستأمن خطأ وكذلك فى قتل المعاهد لقوله تعالى: ﴿ ... وَإِن كَانَ مِن قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُم مِّيثَاقٌ فَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ وَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ ... ﴿٩٢﴾ ﴾ [النساء] وعلى ذلك فالحربى إذا أسلم فى داره دار الحرب فقتله بها مسلم أو ذمى خطأ لم تجب بذلك القتل دية عند أبى حنيفة خلافا للشافعى، إذ أوجب فيه الدية لأن أمنه إنما يكون بالدار لا بالإسلام، وليست الدار دار أمن، وعند الشافعي يكون أمنه بالإسلام ويستدل بإطلاق قوله تعالى: ﴿ ... وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ ... ﴿٩٢﴾ ﴾ [النساء] فكأن ممن تناوله النص.

ويرى الحنفية أن الآية لا تتناوله إذ المراد بالمؤمن فيها المؤمن من كل وجه وهو من أسلم وهاجر فكان له الأمن من ناحية الدين والدار، وهذا ليس له أمن من ناحية الدار لأنه مكثر لسواد الكفار فكان لذلك منهم لما أثر عن رسول الله ﷺ من قوله: «من كثر به سواد قوم فهو منهم»، ولهذا لا تتناوله هذه الآية ولو تناولته بناء على الإطلاق فيها لم يكن لذكر قوله تعالى فيما بعد وهو قوله: ﴿ ... وَإِن كَانَ مِن قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُم مِّيثَاقٌ فَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ وَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ ... ﴿٩٢﴾ ﴾ [النساء] فائدة وكان تكرارا بالنظر إلى ما تدل عليه الآية السابقة وتعالى الله عن ذلك. على أن قوله تعالى: ﴿ ... فَإِن كَانَ مِن قَوْمٍ عَدُوٍّ لَّكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ ... ﴿٩٢﴾ ﴾ [النساء] يدل على أن تحرير الرقبة هو جزاء هذا القتل على وجه الكفاية، فلو وجبت الدية مع التحرير لم يكن التحرير جزاء على وجه الكفاية وهذا خلاف ما تدل عليه الآية وتغيير لحكمها. ثم إن عصمة المقتول تعتبر وقت الفعل على أصل أبى حنيفة، ومن وقت الفعل والموت جميعا عند صاحبيه، ومن وقت الموت على قول زفر، وعلى هذا تخرج مسائل الرمى إذا رمى مسلما فارتد المرمى ثم أصابه السهم بعد ارتداده فمات فإن على من رماه ديته عند الإمام إن كان الرمى خطأ تتحمله العاقلة وإن كان عمدا فهى فى ماله، وعندهما لا شيء عليه. وكذلك عند زفر، وإن رمى مرتدا أو حربيا فأسلم قبل أن يصيبه السهم ثم مات لا شيء عليه عند الثلاثة وعليه الدية عند زفر وجه قوله أن الضمان إنما يجب بالقتل والقتل إنما يصير قتلا بفوات الحياة وعند ذلك كان معصوم الدم بإسلامه فتجب الدية، وعندهما أن الرامى إنما رمى رميا غير مستوجب جزاء لأنه رمى من ليس بمعصوم الحياة فكان عند صدوره غير محظور فلا ينقلب بعد ذلك محظورا بأمرحادث خارج عنه وهو الإسلام وهذا عند أصحابنا، وكذلك الوضع إذا رمى مرتدا فعاد إلى الإسلام قبل

موته ثم أصابه السهم فمات عند أبى حنيفة أما عندهما فقد تبين أن الفعل وإن صدر حين صدر محظورا إلا أن الحظر فيه إنما يكون إذا كان فعلا موجها إلى معصوم الدم فإذا لم يؤد إلى قتل معصوم الدم، فقد تبين أنه غير محظور فلا يجب شىء عندهما، ويؤيد رأى أبى حنيفة فى أن العبرة وقت الرمى لا غير اتفاقهم على هذا المبدأ فى رمى الصيد فقد ذهبوا إلى أن من رمى الصيد وهو مسلم ثم ارتد قبل أن يصيبه السهم ثم أصابه حل أكل الصيد إجماعا. وإن كان مجوسيا وقت رميه ثم أسلم فأصاب أسهم الصيد فقتله لم يؤكل إجماعا؛ ذلك لأن الرمى هنا نزل نزلة الذبح للضرورة ولا تحل ذبيحة المجوس، والأصل فى ذلك أن ما يرجع إلى أهلية الفاعل تعتبر فيه أهليته وقت الفعل بلا خلاف، وما يرجع إلى محل الفعل فهو على الاختلاف الذى ذكرناه. ولا شك أن وجوب الدية يتصل بالمقتول لا بالقاتل فكان محل خلاف على اعتبار الوقت فيه، ويختلف الأمر عن ذلك فى الشخص إذا جرح وهو مسلم ثم ارتد فمات بالسراية وهو مرتد، إذ إنه لا شىء فيه اتفاقا؛ ذلك لأن الجرح انقلب فعلا بالسراية وقد تبدل المحل حكما بالردة، وذلك ما أوجب انقطاع السراية عن ابتداء الفعل كتبدل المحل حقيقة ولم يوجد هذا المعنى فى موضوعنا إذ لم يتوسط ما يوجب انقطاع الفعل عما حدث بالمحل من تبدل.

٥- لا تجب فيمن تجب عليه الدية إلا أن يكون ذا ذمة مسلما كان أو كافرا ذكرا كان أم أنثى، وإذن فلا خلاف فى وجوب الدية على الصبى وإن كان غير مميز وعلى المجنون وعلى الحر والعبد، إنما الخلاف فى المال الذى تجب فيه: أتجب فى مال الجانى أم فى مال عاقلته، وسنعرض لذلك عند كلامنا فيما تجب فيه الدية، وإذا كان الجانى رقيقا ووجبت عليه الدية فإنها تتعلق برقبته فإما فداه سيده بها وإما دفعه فيها.

من تجب الدية فى ماله

يقول الله سبحانه وتعالى فى كتابه: ﴿وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَن يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلاَّ خَطَئًا وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَئًا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ إِلاَّ أَن يَصَّدَّقُوا ... (٩٢)﴾ [النساء] والمعنى أن القتل خطأ للمؤمن يستوجب على القاتل تحرير رقبة مؤمنة وأداء دية إلى أهله إلا أن يصدقوا فلا يسألوها ويتركوها صدقة للقاتل، وذلك يقتضى أن الدية تجب على القاتل وأن سبب وجوبها هو القتل خطأ، وإن ما ذهب إليه بعض الفقهاء من أنها تجب على القاتل والعاقلة فيما تحمله العاقلة منها مخالف لما تدل عليه الآية لأن الخطاب فيها موجه إلى القاتل لا إليها ولا إليهما جميعا.

والدية الواجبة على القاتل نوعان: نوع يحمله القاتل وحده فى ماله ونوع تحمله عاقلته معه أو تحمله العاقلة وحدها على خلاف فى ذلك بين المذاهب.

ويرجع مبدأ تحمل العاقلة إلى ما كان مألوفا عند العرب قبل الإسلام من تضامن أفراد القبيلة فى الغرامات الجنائية وهى عادلة تقوم على التعاون بينهم فأقرها الشارع الإسلامى لما فيها من الخير وجعل ذلك فى الحالات التى يقوم فيها عذر الجانى وهى حالات الخطأ حيث لا يستحق الجانى العقوبة لعدم قصده الضرر والسعى إليه ووقوعه على الرغم منه لا فى حالات العمد والإصرار التى تقتضى تشديد العقوبة على الجانى فلم يكن من المناسب معونته.

وتحمُّل العاقلة الدية مشروط بأربعة شروط:

١- أن تكون الجريمة قد ارتكبت خطأ من غير عمد ولا قصد ولذا كانت جرائم الصغار والمجانين مما تتحمل العاقلة عبأه فى جميع الأحوال لعدم توفر القصد الصحيح فيهم لقصور إرادتهم وعقلهم عند الحنفية والحنابلة والمالكية.

٢- أن تكون الجريمة قد ثبتت على الجانى بغير إقراره إذ الاقرار حجة على المقر فلا تتحمل العاقلة عندئذ شيئا إلا إذا صدقته فى إقراره.

٣- الا تكون الدية قد وجبت بغير القتل فإذا وجبت صلحا لم تتحمل العاقلة شيئا منها إلا إذا اشتركت فى الصلح.

٤- الا يقل ما تلزم به العاقلة عن نصف عشر الدية عند الحنفية لأن ما دون نصف العشر لا مشقة فيه على الجانى فى تحمله، وعن ثلث الدية عند مالك وأحمد، أما الشافعى فلا يجعل لتحملها حدا أدنى فتحمل أى مقدار وإن قلت قيمته.

وذهب أبو بكر الأصم إلى أن الدية على القاتل كلها فى جميع الأحوال إذ لا يؤاخذ أحد بجريرة غيره لقوله تعالى: ﴿ ... **وَلَا تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إِلَّا عَلَيْهَا وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ** ... ﴿١٦٤﴾ ﴾ [الأنعام] ويستند الجمهور إلى ما ورد عن رسول الله ﷺ من أنه قضى بالغرة على عاقلة الضاربة وإلى قضاء عمر رضى الله عنه بالدية على العاقلة بمحضر من الصحابة من غير نكير منهم وما وجبت الدية على العاقلة إلا لأن القاتل إنما يقتل بظهر عشيرته فكانوا كالمشاركين له فى القتل فكان عليهم من وزرها ما بينته السنة.

وإذا لم يتجاوز ما وجب من الدية الحد الأدنى لوجوبه على العاقلة كان وجوبه فى مال الجانى إن كان له مال فإن لم يكن له قال كان دينا عليه فى ذمته يؤخر منه إذا أيسر.

العاقلة:

هم من يلزمون بالدية من العصبة والأقرباء والعشيرة وتسمى الدية عقلا ومعقلة؛ لأن إبل الديات كانت تعقل بفناء ولى دم المقتول، ثم توسع فى معناها فشملت ما يجب فى القتل من مال وإن كان دراهم ودنانير، وقيل إنما سميت عاقلة لأنها تعقل لسان ولى دم المقتول أو لأنها تمنع[1] الخطر عن القاتل فلا يخشى أثرا. والعقل المنع.

وعاقلة الجانى عند الحنفية هم أهل ديوانه وهم المقاتلون من الرجال الأحرار البالغين العاقلين تؤخذ من عطاياهم وذلك يوم أن كانت الدواوين وكان أهل العطاء. وأول من وضعها عمر بن الخطاب وعلى ذلك لا يشارك فى الدية النساء والذرية والصغار والمجانين لأن أساس وجوب الدية عليهم النصرة ولا تناصر بهؤلاء، واختلف فى دخولهم فى العاقلة إذا ما باشروا القتل بأنفسهم، والصحيح أنهم يشاركون كما فى «الشرنبلالية» فإن لم يكن للقاتل ديوان فعاقلته قبيلته من النسب لأن الاستنصار بهم، وإن لم يكن له عاقلة كاللقيط والذمى فعاقلته بيت المال فى ظاهر الرواية، وروى محمد عن أبى حنيفة أن ديته فى ماله لأن الأصل هو الوجوب فى مال القاتل وإنما أخذ فى العاقلة بطريق التحمل، فإذا لم يكن له عاقلة رد الأمر فيه إلى حكم الأصل وهو الوجوب فى ماله. ووجه ظاهر الرواية أن الوجوب على العاقلة لمكان التناصر فإذا لم يكن له عاقلة كان استنصاره بعامة المسلمين وفى بيت المال ما لهم فكانت ديته فيه لأنهم عاقلته.

ويدخل فى العاقلة الجانى فيعد واحدا منها.

---

(١) إذا نظرنا إلى نسب رسول الله ﷺ وجدنا أنه ابن عبد الله بن عبد المطلب بن هاشم بن عبد مناف بن قصى بن كلاب بن مرة بن كعب بن لؤى بن غالب بن فهر بن مالك بن النضر بن كنانة بن خزيمة بن مدركة بن إلياس بن مضر بن نذار بن معد بن عدنان؛ فأولاد الجد الأعلى شعب وأولاد من دونه قبيلة وأولاد من دونه عمارة وأولاد من دونه بطن وأولاد من دونه فخذ وأولاد عمه كالعباس فصيلة، أما الإخوة فعشيرة.

وعند المالكية عـاقلة الجانى عصبـته سواء أكانوا أهل ديوانه أم لا كـما هو مذهب «المدونة» قاله البنانى. ويبـدأ بالعشيرة وهم الإخـوة ثم الفصيلة وهـم الأعمـام ثم الفخذ وهكذا الأقرب فالأقرب للقبائل. هذا، وطبقات قبـائل العرب سبعة: الشعب ثم القبيلة ثم العمارة ثم البطن ثم الفخذ ثم الفصيلة ثم العشيرة.

وقيل أن أهل الديوان مـقدمون على هؤلاء إن كان للجـانى ديوان فإن لم يكن له ديوان أو كان وليس من أهل الديوان فـالعصبة على الترتيب فـى ولاية التزويج، فإن لم يكن عصبة فالموالى الأعلون ثم الأسـفلون ثم بيت المال، فإن لم يكن بيت مال ففى مال الجانى ولا يدخل فى العاقلة المجنون والصبى والأنثى والفقير. والعبرة وقت ضرب الدية على العاقلة والجانى واحد من العاقلة بقدر مـا ينوبه على الأظهر، ومقابله لا يعد واحدا منهم، ولا عقل على غائب غيـبة منقطعة وقت القسمة فلا يضـرب عليه عند حضوره. كما لا يضرب على الفقير عند غناه ولا على الصغير عند بلوغه[1].

وعند الشافعية عاقلة الجانى عصبته الذكور المكلفون الذين يرثون بنسب أو ولاء ما عدا أصوله وفروعـه لأنهم فى حكمه فأعطوا حكمه، ويقوم الأقـرب منهم فالأقرب فى التحمل كالإرث وولاية الـنكاح فينظر فى الأقربين آخر الحول فإن وفـوا بالدية فيها وإن بقى شىء منها فعلى من يلى الأقرب يوزع عليه ذلك البـاقى ويقدم الإخوة ففروعهم ثم الأعمام ففروعهم وهكذا. ويقـدم المدل بأبوين على المدل بأب واحد خلافا لمذهبه القديم إذ سوى بينهمـا؛ لأن الأنوثة لا دخل لها فى التحمل ولا يتـحمل ذوو الأرحام إلا على القول بوراثتهم ثم بعد ذلك تجىء عـصبته السببية على حسب الـتقدم فى الميراث فإن لم يكن له عصبة مطلقا فبيت المال فـإن لم يكن بيت مال ففى مال الجانى ولا يدخل الجانى فى العاقلة[2].

وعند الحنابلة عاقلة الجـانى ذكور عصبـته من النسب أو الولاء وقريبهم وبـعيدهم وحاضرهم وغائبـهم وصحيحهم ومريضهم ولو هرمـا أو زمنا أو أعمى سواء ومنهم آباء الجانى وأبناؤه، ولا يشتـرط ميراثهم فى الحال بل متى كانوا وارثين لولا حـجبهم عقلوا وليس منهم الزوج ولا المولى من أسـفل ولا الحليف. وإذا عرف نسب الجانى من قـبيلة مـعينة ولـم يعلم من أى بطونهـا هو لم يعـقلوا عنه لأنهم لا يرثونه ولا مـدخل لأهل الديوان فلا عقل على أهله كـما لا عقل على أهل المحلة لعدم ميراثهم، ولا يعـقل فقير

---

(١) الشرح الكبير جـ٤ ص٢٨٣ والصغير جـ٢ ص٣٥٥.

(٢) نهاية المحتاج جـ٧ ص٢٥٠.

ولا صبى ولا مجنون ولا امرأة؛ لأن مبنى العقل التناصر ولا تناصر بين هؤلاء وليس على مخالفى الدين حمل شىء من الدية ومن لا عاقلة له أو له عاقلة عجزت عن جميع الدية فالدية أو باقيها واجبة فى بيت المال ولا يتحمل الجانى شيئا من الدية لأنها تلزم العاقلة ابتداء.

وفى قسمة الدية على العاقلة يقول أحمد: إنما يحملون على قدر ما يطيقون ويرجع فى ذلك إلى اجتهاد الحاكم فيفرض على كل واحد ما يستطيعه ولا يعنته، وإلى هذا ذهب مالك. وعن أحمد فى رواية أخرى أنه يفرض على الموسر نصف مثقال وعلى المتوسط ربع مثقال؛ لأن ما دون ذلك لا تقطع فيه اليد. وإليه ذهب الشافعى.

وقال أبو حنيفة: أكثر ما يجعل على الواحد أربعة دراهم وليس لأقل ما يفرض عليه حد؛ لأن ذلك ما لوجب على سبيل المواساة للقرابة ويستوى الغنى والمتوسط فيه مع ملاحظة أنه ليس على فقير من العاقلة حمل شىء من الدية وكذلك المرأة والصبى والمجنون.

ما لا تحمله العاقلة:

لا تحمل العاقلة عمدا ولا عوضا عن جناية عبد ولا صلحا ولا اعترافا، وقد روى هذا عن ابن عباس. أما العمد فلوجوب القصاص فيه وهى لا تحمل ما يجب فيه القصاص وأكثر أهل العلم على أنها لا تحمل العمد مطلقا. وحكى عن مالك أنها تحمل الجنايات التى لا قصاص فيها ومنها المأمومة والجائفة وهو قول قتادة لأنها تشبه جناية الخطأ من ناحية أنها لا قصاص فيها. وعمد الصبى والمجنون خطأ تحمله العاقلة لأنه لا يتحقق منهما القصد المعتبر ولا يوجب قصاصا فأشبه الخطأ، وفى قول للشافعى أنها لا تحمله لأنه عمد يجوز التأديب عليه فأشبه القتل العمد من البالغ ولا تحمل العاقلة فيه شيئا، والعبد إذا قتل وجبت قيمته فى مال القاتل ولا شىء على عاقلته عمدا كان أو خطأ وهو قول مالك والليث. وقال علاء وحماد وأبو حنيفة: تحمله العاقلة لأنه آدمى يجب فى قتله القصاص والكفارة فتحمل العاقلة بدله كما فى الحر، وروى الرأيان عن الشافعى.

ولا تحمل العاقلة ما وجب بالصلح من المال لأنه وجب بالاختيار كالواجب بالإقرار فلا تحمله العاقلة لأن الإقرار حجة قاصرة لا تحمل العاقلة ما وجب به.

ولا تحمل العاقلة مـا دون ثلث الدية لأن وجوبها على العاقلة كان للتـخفيف عن الجانى وليس فى تحـمل الثلث مشـقة، ومن الفقـهاء من ذهب إلى أنهـا لا تحمل الثلث أيضا ولا تحمل إلا مـا فوقه، وقال الشافـعى تحمل القليل والكثير فإن من حـمل الكثير يحمل القليل.

وتحمل العاقلة دية المرأة بغير خلاف، كما تحمل من جراحها ما بلغ أرشه ثلث دية الرجل وما دون ذلك كدية يدها لا تحمله العاقلة وكذلك الحكم فى دية الكتابى ولا تحمل دية المجوسى لأنها دون الثلث إذ إنها ثمانمائة درهم.

وإذا جنى الذمى جناية تستـوجب الدية كانت فى ماله على قول الـشافعى؛ إذ لا تعاقل بين الذميين. وفى قـول آخر له أنها على عاقلته، أما خطأ الحـاكم والقاضى فعلى عاقلتـه فى غيـر الحكم والاجتهـاد بلا خلاف إن كـان مما تحمله العاقلـة، أما خطؤه فى الاجتهاد ففيه روايتان إحداهما على عاقلته والثانية فى بيت المال. وهذا مذهب أبى حنيفة وهو قول الأوزاعى والثورى، وللشافعى فى ذلك قولان كالروايتين.

من تجب له الدية

الدية أو الأرش حق المجنى عليه إذا كـان حيا ودية النفس عند الوفـاة لورثته على حسب الميـراث الشرعى لا خلاف فى ذلك بين الأئمة الأربعـة وسواء فى ذلك أن تكون دية قد وجـبت فى عمد أو وجـبت فى شبه عـمد أو فى خطأ أو عن قـتل بسبب، وإذا كانت الدية معتبرة من تركة المجنى عليه فلا يرث منها الجانى إذا كان وارثا للمجنى عليه لأنه القتل من موانع الإرث، ولو كان خطأ على ما ذهب إليه الحنفية خلافا لمن لم يجعل الخطأ مانعا من الإرث كالشافعية.

مقدار الدية فيما تجب فيه من مال

يرى أبو حنيفة رحـمه الله أن الدية تدفع من ثلاثة أنواع من المـال الإبل والذهب والفضة لا من غيـرها. وذهب أبو يوسف ومحمد إلى أنها تدفع منهـا ومن البقر والغنم والحلل لما روى ابن أبى ليلى عن الشعبى عن عبيدة السلمانى قال: وضع عمر رضى الله عنه الديات على أهل الذهب ألف دينار وعلى أهل الورق عـشرة آلاف درهم وعلى أهل

الإبل مائة من الإبل وعلى أهل البقرمائتى بقرة وعلى أهل الشياه ألفى شاة وعلى أهل الحلل مائتى حلة. وما رواه جابر أن النبى ﷺ فرض الدية على أهل الإبل مائة من الإبل وعلى أهل البقر مائتى بقرة وعلى أهل الشياه ألفى شاة وعلى أهل الحلل مائتى حلة. رواه أبو داود.

واحتج أبو حنيفة بأن التقدير إنما يستقيم بشىء معلوم المالية، وقد جعل أساسا للتقدير عادة، وهذه الأشياء خلاف الذهب والفضة ليست كذلك، ولهذا لا يقدر بها ضمان المتلفات ولا غيرها ولم يقبل تقديرها بالإبل إلا بناء على الآثار الواردة بذلك، ولم تعرف تلك الآثار فى غيرها. وما روى عن جابر حديث منقطع لا يحتج به، وذكر صاحب المبسوط أن عمر إنما أخذ من البقر والغنم فى الابتداء لأنها كانت أموالهم فكان الأداء منها أيسر فأخذها بطريق التيسير فظن الراوى أن ذلك كان بطريق التقدير شرعا.

فلما صارت الدواوين والعطايا وجعلت أموالهم من الدراهم والدنانير والإبل قضى بالدية منها.

وقد جاء فى بعض الروايات عن عمر رضى الله عنه أنه قام فى الناس خطيبا فقال إلا أن الإبل قد غلت. قال الراوى ففرضها عمر عندئذ على أهل الذهب ألف دينار بعد أن كانت ثمانمائة وعلى أهل الورق اثنى عشر ألف درهم بعد أن كانت ثمانية آلاف وعلى أهل البقر مائتى بقرة وعلى أهل الشاه ألفى شاة وعلى أهل الحلل مائتى حلة[(١)].

ويرى المالكية أنه لا مدخل فى الدية لغير الذهب والفضة من الإبل أو ثياب أو بقر. ففى «الموازنة» عن مالك لا يؤخذ فيها بقر ولا حلل ولا تكون إلا من إبل وذهب وورق للآثار الواردة بذلك.

ويرى الشافعى أن الدية تؤخذ من الإبل خاصة فإن لم يكن إبل وجبت قيمتها. فالواجب مائة من الإبل عند وجودها أو قيمتها بالغة ما بلغت بنقد بلد الجانى وإذا وجد بعض الواجب دون بعض أخذ الموجود وأعطيت قيمة الباقى وفى القديم إذا لم يوجد إبل كانت الدية ألف دينار[(٢)].

---

(١) النهاية ٣٠٣ جـ٧.

(١) ص ٤٥٤ الروض الندي.

ويرى الحنابلة أن الدية مائة بعـير أو الف مثقال ذهب أو اثـنا عشر ألف درهم أو مائتا بقرة أو ألفا شاة فتؤخذ من هذه الأنواع الخمسة فقط[١].

واختلفت الفقهـاء فى أصل تقدير الدية بالنسبة للذهب والفضـة فقيل: إنها أصل وقيل إنهـا باعتـبار قيـمة الإبل التى هى أصل باتفـاق، ويرى الحنفيـة أن كلا من الإبل والذهب والفـضة أصل. ويرى الحنابلة والشـافعيـة أن الأصل هو الإبل لا غيـر، وقال القاضى أبو يعلى لا خلاف فى المذهب فى أن أصـول الدية الإبل والذهب والبقر والغنم وهو قول عمر وعلاء والفقهاء السبعة.

ويحتج الشافعى بحديث الزهرى قال: كانت الدية على عهد رسول الله ﷺ مائة من الإبل قيمة كـل بعير أوقية ثم غلت الإبل فصـارت قيمة كل بعير أوقيـة ونصفا، ثم غلت وصارت قيمة كل بعير أوقيتين ومـا زالت تغلو حتى جعلها عمر عشرة آلاف درهم أو ألف دينار.

وبناء على ما ذكـر من أن الدية كان الأصل فيها الإبل فـلا يلزم ولى الدم إلا بها فإذا أحضر القـاتل سواها لم يجب إجباره على أخذه، وإذا ما كـان الأصل سواها فعلى ولى الدم قبوله إذا حضـر، والخيار للجانى عند تعدد الأصل كمـا أنه إذا ما صولح على مقدار من جنس ما جعل أصلا لم تجز الزيادة عليه لما فى ذلك من شبهة الربا.

---

(١) ص ٤٥٤ الروش الندي.

مقدار ما يجب من كل نوع:

الدية نوعان مغلظة وغير مغلظة ولكل منهما سبب لوجوبه وفيما يلى بيان لمقادير كل منهما:

الدية المغلظة عند الحنفية	٢٥ بنت مخاض: هى التى تتبع أمها وقد حملت أو هى التى طعنت فى الثانية من عمرها. ٢٥ بنت لبون: وهى التى تتبع أمها وهى ترضع - أو هى التى طعنت فى الثالثة من عمرها. ٢٥ حقة : وهى التى بلغت أن يحمل عليها أو هى التى طعنت فى الرابعة من عمرها. ٢٥ جذعة : ما طعنت فى الخامسة من عمرها.
الدية المغلظة عند الشافعية مثلثة، وهى رواية عن أحمد	٣٠ جذعة : طعنت فى الخامسة. ٤٠ خلفة : والخلفة هى الحامل. ٣٠ حقة : طعنت فى الرابعة.

وعند مالك فى حال العمد والخطأ عند التخفيف:

مالك	٢٥ بنت مخاض ٢٥ حقة ٢٥ جذعة ٢٥ بنت لبون	كالحنفية
وعند التغليظ مثلثة	٣٠ حقة ٣٠ جذعة ٤٠ خلفة	كالشافعية

ومن الأقوال السابقة يتبين أن الشارع حين جعل الدية من الإبل أو من غيرها لم يرد أن تكون منها عينا بحيث لا تؤخذ من غيرها من الأموال بل المراد أنها كما تؤخذ مما عينه من الأصناف تؤخذ من غيرها مع مراعاة قيمة ما قدره الشارع، كما دل على ذلك قول عمر الذى أشرنا إليه. ومن ذلك يتبين أن مقدار الدية لا يتغير بتغير الزمن والأسعار إذا ما أخذت الدية من الأصناف التى جعلها الشارع أصلا فى تقديرها. أما إذا أخذت من غير هذه الأصناف فإنها تزيد وتنقص تبعا لاختلاف أسعار ما قدره الشارع من الإبل.

وقد اتفق الفقهاء على أن دية الرجل الحر المسلم مائة من الإبل فى مال القاتل العامد إذا منع من القصاص مانع ثم اختلفوا هل هى حالة أو مؤجلة فذهب مالك والشافعى وأحمد إلى أنها حالة، وقال أبو حنيفة هى مؤجلة فى ثلاث سنين على ثلاث أقساط وهى فى هذه الحالة خمس وعشرون بنت مخاض ومثلها بنت لبون ومثلها حقاق ومثلها جذاع وهى الدية المغلظة.

ويذهب الشافعى إلى أنها فى هذه الحال ثلاثون جذعة وأربعون خلفة فى بطونها أولادها وثلاثون حقة؛ وهى رواية عن أحمد.

وذهب مالك إلى أن الدية فى هذه الحالة، وكذلك فى حال الخطأ خمس وعشرون بنت مخاض وخمس وعشرون حقة وخمس وعشرون جذعة وخمس وعشرون بنت لبون، وعندئذ تجب حالة إلا أن يشترط التأجيل فيهما فتنجم فى ثلاث سنين كدية الخطأ، وتغلظ إذا كان القاتل أصلا لفرعه ولو كان الأصل مجوسيا إذا امتنع القصاص لمانع - وضابط ذلك عدم قصد الأصل إزهاق الروح فإن قصده كأن أضجعه وذبحه فالواجب القصاص وفى هذه الحالة تكون الدية ثلاثين حقة وثلاثين جذعة وأربعون خلفة فى بطونها أولادها.

وأما دية شبه العمد فهى عند أبى حنيفة وأبى يوسف وأحمد كدية العمد المحض عند الإمام وأبى يوسف. واختلفت الرواية عن مالك؛ ففى رواية: لا دية فيه على الإطلاق، وفى رواية أخرى أنها تجب فى مثل قتل الأب ابنه على وجه الشبهة دون العمد وهى مثلثة كما تقدم، وقال الشافعى: الدية فى هذه الحالة ثلاثون حقة وثلاثون جذعة وأربعون خلفة فى بطونها أولادها وهو قول محمد.

وأما دية الخطأ وما أجرى مجراه فقال أبو حنيفة وأحمد: هى خمس وعشرون جذعة وعشرون حقة وعشرون بنت لبون وعشرون ابن مخاض وعشرون بنت مخاض. وقال مالك والشافعى: هى كذلك إلا أنهما جعلا مكان ابن مخاض ابن لبون والدية فى هذه الحال مؤجلة على ثلاث سنوات عند الجميع.

واختلفوا فى الدراهم والدنانير أتؤخذ منها الديات؟ فذهب أبو حنيفة وأحمد ومالك إلى أنها تؤخذ منها ولو مع وجود الإبل، وقال الشافعى لا يعدل عن الإبل إذا وجدت إلا بالتراضى فإن أعوزت ففى ذلك قولان القديم منها يعدل إلى أحد النقدين أن من الذهب ألف دينار وأن من الفضة اثنا عشر ألف درهم، والجديد منهما لا يعدل عن الإبل عند إعوازها إلا إلى قيمتها وقت القبض زادت أم نقصت، واتفقوا فى الدية من الذهب عند جواز العدول إليه على أنها ألف دينار، واختلفوا فى الدية من الفضة فقال أبو حنيفة: عشرة آلاف درهم وزن سبعة مثاقل، وقال مالك والشافعى وأحمد: اثنا عشر ألف درهم لقضاء عمر بذلك فى محضر من الصحابة من غير إنكار منهم. واختلفوا فى البقر والغنم والحلل أهى أصل فى الدية فيكون الواجب منها مائتى حلة كل حلة إزار ورداء. أم ليست أصلا وإنما تؤخذ على وجه القيمة، فقال أبوحنيفة ومالك والشافعى: ليس شىء من البقر والغنم والحلل أصلاً فى الدية ولا مقدارا وإنما يرجع إليه بالتراضى على وجه القيمة، وقال أحمد: البقر والغنم أصلان مقدران فى الدية فمن البقر مائتا بقرة ومن الغنم ألفا شاة وإلى هذا ذهب الصاحبان كما ذهبا إلى أن أخذها من الحلل مقدر بمائتى حلة كل حلة ثوبان.

ولا تغليظ للدية إلا من الإبل لأن الشرع ورد بذلك، والمقدرات لا تعرف إلا سماعاً. ذهب إلى ذلك الحنفية وهو مذهب أحمد كما فى «كشاف القناع».

واختلفوا فيما إذا حدث القتل فى الحرم أو أقدم الجانى على القتل وهو محرم أو فى شهر حرام أو قتل ذا رحم محرم منه، فقال أبو حنيفة: لا تغلظ الدية فى حال من هذه الأحوال، وقال مالك لا تغلظ فى هذه الأحوال إلا فى حال قتل الوالد لولده - كما تقدم - وعندئذ يكون تغليظها من الإبل بثلاثين حقة وثلاثين جذعة وأربعين خلفة، أما فى الذهب والفضة ففيه روايتان إحداهما لا تغليظ فيهما والأخرى تغلظ. وفى صفة تغليظها عنه روايتان إحداهما أنه يلزم الجانى من الذهب والورق قيمة الدية المغلظة من الإبل بالغة ما بلغت بشرط ألا تنقص فى الذهب عن ألف دينار وفى الفضة عن اثنى

عشر ألف درهم. ثانيتهما أنه ينظر قدر ما بين دية الخطأ والتغليظ من القيمة فيجعل جزءا زائدا على دية الذهب أو الورق.

وقال الشافعى: تغلظ الدية فى القتل فى الحرم أو فى الأشهر الحرم، أما فى الإحرام ففيه وجهان أظهرهما أنها لا تغلظ. وثانيهما أنها تغلظ بالأسنان فقط لا بالأثمان، وقال أحمد: تغلظ الدية فى تلك الأحوال كلها وصفته إن كان الضمان بالذهب أو بالفضة أن تزاد بقدر ثلث الدية، وذهب الخرقى إلى أنه لا تغليظ فيها، وإن كانت بالإبل فقياس مذهبه أن التغليظ فيها يكون بزيادة القدر لا بالسن(١).

وكل هذه الأقوال مرجعها إلى الآثار المروية على اختلاف فيما بينها. هذا، ولا يقبل من الإبل معيب ولا أعجف ولا يجب أن تكون من جنس إبله ولا من جنس إبل بلده. وذهب الحنابلة وأصحاب الشافعى إلى أن الواجب من جنس إبل من تجب عليه سواء أكان هو القاتل أم العاقلة؛ لأن وجوب الدية على سبيل المواساة فوجب أن تكون من جنس مالهم كالزكاة وإذا كان لدى من وجبت عليه الدية صنفان من الإبل أخذ من كل صنف بقسطه، وقيل يؤخذ من الأكثر فإن استويا دفع من أيهما شاء وإن دفع من غير إبله خيرا من إبله أو مثله جاز وإن كان أدون لم يقبل منه إلا أن يرضى المستحق للدية.

ودية المرأة على النصف من دية الرجل باتفاق، وروى ذلك موقوفا على علي كما روى مرفوعا إلى النبى ﷺ. وقال الشافعى ما دون ثلث الدية لا يتصف وذلك عام فى النفس والأطراف. وتتحملها العاقلة من غير خلاف فى حال الخطأ أو فى حال العمد إذا منع من القصاص مانع ولا تحمل العاقلة من جراحها ما بلغ أرشه ثلث دية الرجل فأقل من ذلك وقد أشرنا إلى ذلك.

ودية المسلم والذمى سواء عند الحنفية، وقال مالك دية اليهودى والنصرانى على النصف من دية المسلم فى العمد والخطأ، وقال الشافعى: دية اليهودى والنصرانى ثلث دية المسلم فى العمد والخطأ. وقال أحمد: دية اليهودى أو النصرانى إذا كان لكل منهما عهد وقتله المسلم عمدا مثل دية المسلم وإن قتله خطأ ففيه روايتان إحداهما: ثلث دية المسلم. والثانية: نصف دية المسلم وهى اختيار الخرقى.

---

(١) كشاف القناع جـ٤ ص١٨.

واختلفوا فى دية المجوسى فقال أبو حنيفة ديته نصف دية المسلم فى العمد والخطأ، وقال مالك والشافعى ديته ثمانمائة درهم فى العمد والخطأ. وقال أحمد فى الخطأ ثمانمائة درهم وفى العمد ألف وستمائة درهم.

واختلفوا فى ديات نساء أهل الكتاب والمجوس، فقال أبو حنيفة ومالك والشافعى: دياتهن على النصف من ديات رجالهن لا فرق بين الخطأ والعمد. وقال أحمد: دياتهن على النصف من ديات رجالهن فى الخطأ. أما فى العمد فكديات رجالهن.

واختلفوا فى العبد إذا قتل هل تجب قيمته بالغة ما بلغت، فقال أبو حنيفة: تجب قيمته بحيث لا تزيد على دية الحر بل تنقص عشرة دراهم عن دية الحر إذا بلغت دية الحر أو زادت. وقال مالك والشافعى وأحمد فى أظهر روايتيه التى اختارها الخرقى: تجب قيمته بالغة ما بلغت. وعن أحمد رواية أخرى تجب قيمته بحيث لا يبلغ بها دية الحر ولم يقدر مقدار النقصان.

واختلفوا فى العبد إذا جنى جناية عمد فقال أبو حنيفة والشافعى وأحمد فى أظهر روايتيه: ولى المجنى عليه بالخيار بين القصاص وبين العفو على مال وليس له العفو على رقبة العبد واسترقاقه ولا يملكه بجنايته. وقال مالك وأحمد فى رواية أخرى: يملكه ولى المجنى عليه بالجناية فإن شاء قتله قصاصا وإن شاء استرقه وإن شاء أعتقه، غير أن مالك يشترط أن تكون الجناية قد ثبتت بالبنية لا بالإقرار فإن ثبتت بالإقرار لم يكن له إلا استرقاقه وإذا اصطدم الفارسان الحران فماتا قال مالك وأحمد: على عاقلة كل منهما دية الآخر كاملة، وعن أصحاب أبى حنيفة فيها روايتان إحداهما ما سبقت، والأخرى على عاقلة كل واحد منهما نصف الدية وهو قول الشافعى.

واختلفوا فى الحر إذا قتل عبدا خطأ فقال أبو حنيفة: قيمته على عاقلة الحر، وقال مالك وأحمد: قيمته فى مال الحر الجانى، وعن الشافعى القولان السابقان.

الأرش

معنى الأرش: يطلق الأرش فى اللغة على الدية وعلى الخدش وهو الجرح والخمش، وعلى طلب الأرش أى الدية كما يطلق على الرشوة وما نقص العيب من الثوب؛ لأنه سبب لوجوب الأرش أى العوض، وعلى الخصومة بين شخصين وما يدفع من المال بين السلامة والعيب فى السلعة وعلى الإعطاء.

وأرش الجراحة ديتها والجمع أروش مثل فلس وفلوس.

والأرش فى الشرع المال الواجب فيما دون النفس، وقد يطلق على بدل النفس وحكومة العدل.

والأرش نوعان: أرش مقدر وهو ما حدد الشارع مقداره كأرش اليد وأرش الرجل وأرش غير مقدر وهو ما لم يرد فيه نص عن الشارع بالتحديد وترك للقاضى تقديره، ويطلق عليه اسم حكومة العدل. وفيما يلى بيان ما يجب فيه الأرش من الجناية على ما دون النفس.

الأصل وجوب القصاص فى قتل النفس وفي الجروح ما لم يمنع من ذلك مانع؛ وذلك لقوله تعالى: ﴿... كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلَى ... ﴿١٧٨﴾﴾ [البقرة] وقوله: ﴿... وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ ... ﴿٤٥﴾﴾ [المائدة] وموانع القصاص عديدة ليس هذا موضع بيانها إذ بيانها فى الكلام على أحكام القصاص. وإذا امتنع القصاص فى الجروح بسبب من الأسباب المانعة منه كان الواجب عندئذ الأرش، وقد يكون مقدرا بنص الشارع وقد يكون غير مقدر وهو حكومة العدل، وفيما يلى بيان ذلك:

والكلام فى الجناية على ما دون النفس يتناول موضوعين **أحدهما**: بيان أنواعها، **وثانيهما**: بيان حكم كل نوع منها. وأنواعها أربعة: **أحدها**: إبانة الأطراف وما يجرى مجرى الأطراف، **وثانيها**: ذهاب منفاع الأطراف مع بقاء أعيانها، **وثالثها**: الشجاج، **ورابعها**: الجراح.

أما النوع الأول فكقطع اليد والرجل والأصبع واللسان وفقء العينين وقلع الأسنان ونحو ذلك. وأما **النوع الثانى** فكتفويت السمع والشم والذوق والكلام والجماع والبطش، وتغير لون السن إلى السواد أو الحمرة. ونحوها مع قيام محالها، ويلحق بهذا النوع إذهاب العقل، وأما **النوع الثالث** فالشجاج وهى إحدى عشرة شجة. أولها. **الخارصة** التى تخرص الجلد أى تشقه ولا يظهر منها الدم، ثم **الدامعة** وهى التى يظهر منها الدم ولا يسيل، ثم **الدامية** وهى التى يسيل منها الدم، ثم **الباضعة** وهى التى تقطع اللحم أى تقطعه، ثم **المتلاحمة** وهى التى تذهب فى اللحم أكثر من الباضعة. هكذا روى عن أبى يوسف. وقال محمد: **المتلاحمة** قبل الباضعة وهى التى تلاحم منها الدم وأسود، ثم **السمحاق** وهى الشجة التى بلغت الجلدة الرقيقة فوق العظم وهو اسم لجلدة رقيقة فوق عظم الرأس أيضا، ثم **الموضحة** وهى التى تقطع السمحاق وتوضح العظم وتظهره، ثم **الهاشمة** وهى التى تهشم العظم، ثم **المنقلة** وهى التى تنقل العظم بعد كسره، ثم **الآمة** وهى التى تصل إلى أم الدماغ وهى جلدة تحت عظم الدماغ، ثم **الدامغة** «وهى التى تخرق تلك الجلدة» المذكورة، ولم يذكر محمد من هذه الشجاج الخارصة والدامغة؛ لأن الخارصة لا يبقى لها أثر عادة. والشجة إذا لم يبق لها أثر لا حكم لها فى الأرش. والدامغة لا يعيش معها صاحبها عادة بل تتحول إلى إتلاف نفس.

وأما **النوع الرابع** وهو الجراح فنوعان جائفة وغير جائفة؛ فالجائفة هى التى تصل إلى الجوف ولا تكون فى اليدين والرجلين والرقبة - كما لا تكون الشجة إلا فى الرأس والوجه وفى مواضع العظم كالجبهة ونحوها، ولا تكون الآمة إلا فى الرأس والوجه وفى المواضع التى يتخلص منها إلى الدماغ ولا يثبت حكم هذه الجراحات وجزاؤها إلا فى هذه المواضع.

وأما أحكام هذه الأنواع فمختلفة لأن منها ما يجب فيه القصاص ومنها ما يجب فيه دية كاملة ومنها ما يجب فيه أرش مقدر ومنها ما يجب فيه أرش غير مقدر - فهذه أربعة أنواع:

(١) **والذى يجب فيه القصاص** منها هو ما استجمع شرائط وجوب القصاص وهى أن يكون الجانى عاقلا بالغا متعمدا مختارا وأن يكون المجنى عليه معصوما غير جزء للجانى ولا مملوكا له وأن تكون الجناية مباشرة لا بطريق التسبب، وتحقق المماثلة بين

المحلين فى المنافع والفعلين وبين الأرشين؛ لأن المماثلة فيما دون النفس معتبرة بالقدر الممكن وعدمها يمنع القصاص، ودليل ذلك قوله تعالى: ﴿ وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالأَنفَ بِالأَنفِ وَالأُذُنَ بِالأُذُنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ ... ﴿٤٥﴾ ﴾ [المائدة] والآية وإن كانت تحكى ما فى التوراة إلا أنها حكاية لم يعقبها الشارع بإنكار فكانت شريعة لنا كذلك، وقوله تعالى: ﴿فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم﴾. وقوله تعالى: ﴿ وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُم بِهِ ... ﴿١٢٦﴾ ﴾ [النحل]. ومن الشروط كذلك أن يكون المثل ممكن الاستيفاء لأن استيفاء المثل مع تعذره ممتنع، ولذا لا يؤخذ عضو إلا بمثله فلا تؤخذ اليد بالرجل ولا الإبهام بالسبابة ولا اليد اليمنى باليد اليسرى . . وهكذا الحكم فى الأسنان وسائر الأعضاء، ولا يؤخذ العضو الصحيح إلا بالصحيح فإذا امتنع ذلك سقط القصاص ووجبت الدية: **والقاعدة العامة فى ذلك وجوب الدية فى مواضع القصاص عند امتناعه لمانع**، ولذا لا قصاص فى القطع من لحم الساعد ولا فى القطع من العضو والساق والفخذ ونحوها لعدم إمكان المماثلة بين الفعلين، وإذا كان المانع فى جانب الجانى بأن كان العيب المانع من المماثلة فى طرف الجانى كان المجنى عليه مخيرا بين القصاص وأخذ الدية لأن حقه فى المثل السليم وهو غير موجود فإن شاء رضى ببعض حقه فيه فاقتص وإن شاء انتقل إلى الدية وهى الأرش باعتبارها كل حقه عند امتناع القصاص. وإذا أراد المجنى عليه القصاص على أن يضم إليه قيمة النقص فليس له ذلك عندنا، وقال الشافعى: له ذلك كما لو أتلف له عدد من ثيابه فوجد مثل بعض التالف ولم يجد مثلا للباقى فإنه يأخذ ما وجد من المثل وقيمة ما لم يجد له مثلا.

وللحنفية أنه قادر على استيفاء أصل حقه وليس يفوته مع ذلك إلا الوصف وهو صفة السلامة فإذا رضى باستيفاء أصل حقه ناقصا كان ذلك منه تنازلا عن الصفة كما إذا رضى عن تالف بمثل أقل منه جودة لم يكن له طلب زيادة عليه.

ولو ذهبت الجارحة المعينة قبل طلب قطعها بطل حق المجنى عليه فى القصاص لزوال محله ووجب الأرش إن كان قطعها بحق كقطع اليد بسبب السرقة ولا أرش له إن قطعت بسبب سماوى أو قطعت ظلما، وقال الشافعى له الأرش فى الحالين.

وللحنفية فى الفرق بين الحالين أنها تعتبر موجودة حكما إذا ما قطعت بحق كحق السرقة؛ لأنه فى هذه الحال قضى بطرفه حقا مستحقا عليه قضاء فكان كأنه قائم وتعذر القصاص مع قيامه فيجب الأرش كاملا، ولا قصاص إذا ما تعدد الجانى وكانت جنايتهما

واحدة كما إذا قطع اثنان يد رجل بل يكون عليهما الأرش نصفين خلافا لأبى يوسف إذ لا مماثلة بين قطع أيد بيد أو أرجل برجل. ولا يجرى القصاص بين طرفى الذكر والأنثى والحر والعبد لاختلاف الأرش؛ وذلك لعدم معرفة التساوى فى الأرش عندئذ لأن أرش الذراع حكومة العدل وذلك بالحرز والظن فلا يعرف التساوى بين أرشهما لاختلاف الحرز.

وأما الشجاج فلا خلاف فى وجوب القصاص فى الموضحة لإمكان الاستيفاء مع المماثلة؛ إذ لها حد تنتهى السلاح إليه وهو العظم، ولهذا لا دية فيها إلا إذا منع من القصاص فيها مانع وكذلك لا خلاف فى أنه لا قصاص فيها بعد الموضحة لتعذر الاستيفاء فيها على وجه المماثلة، أما ما قبل الموضحة ففى الأصل لمحمد أن القصاص يجب فى الموضحة والسمحاق والباضعة والدامية.

وروى الحسن عن أبى حنيفة أنه لا قصاص فى ذلك ما عدا الموضحة وعن النخعى ما دون الموضحة خدوش وفيها حكومة العدل.

(٢) **وأما ما يجب فيه دية كاملة من الجراح** فهو ما أدى منها إلى وفاة المجروح عند امتناع القصاص، وفيه القصاص إذا توفرت شروطه وإذا لم يؤد إلى وفاة المجروح فلا قصاص، وبناء على ذلك لا قصاص بين الذكر والأنثى فى الأطراف لعدم المماثلة، ولذا كان الواجب فى الجرح عندئذ المال على حسب ما يأتى ولا بين أطراف الحر والعبد لعدم المماثلة فى الأرش، فالأرش فى الأحرار مقدر شرعا وفى العبيد الواجب فيها القيمة، وقد يختلفان وإذا تساويا فأحدهما مبناه الحذر والظن وهو الواجب فى جروح العبيد، وذلك ما تختلف فيه الأنظار بخلاف الأرش الواجب في الأحرار وذهب الشافعى إلى أن المساواة فى الأروش غير معتبرة فى جروح الأحرار. لجريان القصاص بينهم فى النفس فيجرى كذلك فى الأطراف وكذلك بين الذكر والأنثى الحرين. ويرى الحنفية أنه لا مماثلة بين أرشيهما فلا قصاص لذلك بين طرفيهما وكذلك لا قصاص بين طرفين صحيح وأشل ولا بين الأظافر لانعدام المساواة فى الأرش. فأرش الأظافر مرده إلى الحكومة وهى قائمة على الحذر والظن وذلك ما تختلف فيه الأنظار.

ما يجب فى الجروح - تجب الدية إذا ترتب على الجناية فوات المنفعة المقصودة عن العضو على الكمال؛ وذلك إما بإبانة العضو أو بإذهاب منفعته مع بقاء صورته.

وأما مـا يجب بإبانته الدية من أعـضاء الجـسم فثلاثة أنواع: نوع لا نـظير له فى الجسم، ونوع فى الجسم منه اثنان، ونوع فى الجسم منه أربعة.

أما ما لا نظير له فى الجسم فسـتة أعضاء وهى الأنف واللسان إذا ذهب بقطعه أو بقطع بعضـه الكلام والذكر والصلب إذا أحدودب بالضرب وانقطع المنى ومـسلك البول ومسلك الغائط، وفى المرأة إذا حصل بالجناية الإفضاء؛ ففى كل واحد منها الدية كاملة.

وما فى الجسم منه اثنان: العـينان والأذنان والشفتان والحاجبـان إذا ذهب شعرهما والثديان والحلمتان والأنثيان ففى كل اثنين منها الدية كاملة وفى أحدهما نصف الدية.

وما فى الجسم منه أربعة فنوعان أحدهمـا أشفار العينين إذا لم تنبت الأهداب ففى كل شعر منها ربع الدية، والثانى الأهداب وهى شعر الأشفار إذا لم تنبت.

وأما ما تجب الدية بذهاب منفعته مع بقاء صورته فذلك ما يتمثل فى ذهاب العقل أو البصـر أو الشم أو الذوق أو الجمـاع أو الأحبال بضـربة تصيب الجـسم، فلو ضرب إنسان آخـر فترتب على ذلك زوال منفـعة من هذه المنافع وجبـت الدية كاملة بأن ذهب عقله أو سمعه أو بصره أو سقط شعره؛ لأن هذه منـافع مقصودة وقد فاتت كلها فتجب الدية، وقال الشافـعى: لا يجب فى سقوط الشعر إلا حـكومة عدل ذلك لأنه لا يجب كمـال الدية إلا بإتلاف النفس لأنهـا بدلها إلا أن الشرع ورد بـذلك عند تفويت منفـعة الجنس كمـا فى قطع اليدين إذ تفـويت منفعـة الجنس تكون عنده النفس تالفـة من وجه فوجبت لذلك الدية وليس يوجد ذلك فى حلق الشعر فتجب فيه الحكومة.

ولأبى حنيفة أن فى فوات الشعر فوات جمال مقصود فيشبه فوات بعض الأعضاء فوجبت لذلك الدية.

شروط وجوب الدية فى الجراح:

ولا تجب الدية فيما تقدم إلا بشروط:

(١) أن تكون الجناية خطأ فيما فى عمده القصـاص، فأما ما لا قصاص فى عمده فيستوى فيه العمد والخطأ بالنظر إلى وجوب الدية فيه.

(٢) أن يكون المجنى عليه ذكرا فإن كان أنثى كان الواجب دية الأنثى وهى نصف دية الذكر سواء أكان الجانى ذكرا أم أنثى.

(٣) أن يكون الجانى والمجنى عليه حرين فإن كان المجنى عليه رقيقا، فالواجب فى ذلك القيمة على قول أبى حنيفة، وقد روى أبو يوسف عن أبى حنيفة أنه قال كل شىء من الحر فيه الدية فهو من العبد فيه القيمة، وكل شىء من الحر فيه نصف الدية فهو من العبد فيه نصف القيمة، وكذلك الجراحات، وعموم هذه الرواية يقضى بأن كل شىء من الحر فيه قدر من الدية ففيه من العبد ذلك القدر من قيمته لا فرق بين ما يقصد به المنفعة كاليد وما يقصد به الجمال والزينة كالحاجب والشعر.

والحاصل أن ما يقصد به المنفعة فيه القيمة رواية واحدة، وما يقصد به الزينة فيه روايتان: إحداهما عن محمد أن الواجب فيه ما نقصه العبد بأن يقوم مع الجناية عليه ثم يقوم سليما ليس به الجناية ويغرم الجانى الفرق بين القيمتين، وإلى هذا ذهب أبو يوسف فى أحد قوليه. والرواية الأخرى فى ذلك وجوب قيمة العبد كلها؛ ووجه هذه الرواية أن القيمة فى العبد كالدية فى الحر فلما وجبت دية الحر كلها فى مثل ذلك وجبت قيمة العبد كذلك، وعند وجوب القيمة يرى أبو حنيفة أنها لا تصل إلى الدية فتساويها بل يجب أن تنقص عنها بعشرة دراهم على الأقل وهو القدر المعتبر فى نصاب حد السرقة أو فى المهر.

وأما ما يجب فيه الأرش المقدر من الشارع فالقاعدة فيه:

أن كل اثنين يجب فيهما دية كاملة يكون الواجب فى أحدهما نصف الدية كإحدى العينين واليدين والرجلين والأذنين والحاجبين إذا لم تنبت الأهداب والشفتين والأنثيين واليدين والحلمتين يستوى فى ذلك اليمين واليسار؛ لأن حديث عمرو بن حزم لم يفصل بينهما وفى كل أصبع من أصابع اليدين والرجلين عشر الدية وهى سواء فى ذلك، وسواء فى ذلك أقطع الأصابع وحدها أم قطع الكف معها، والشلل كالقطع لفوات المقصود وفى كل مفصل من أصبع فيه ثلاثة مفاصل ثلث دية الاصبع فإن كان فيه مفصلان فتصفها وهكذا. وفى كل سن خمس من الإبل والأسنان فى ذلك كلها سواء ولو ضرب رجلا ضربة فألقى أسنانه كلها فعليه دية وثلاثة أخماس الدية؛ لأن الأسنان ٣٢ فى كل سن نصف عشر الدية فجملة ديتها ٣٢ × $\frac{١}{٢٠}$ = ١,٦ من الدية.

وأما الشجاج ففى الموضحة إذا برئت وبقى لها أثر خمس من الإبل، وفى الهاشمة عشر، وفى المثقلة خمسة عشر، وفى الآمة ثلث الدية وليس فيما قبل الموضحة أرش مقدر، وإن لم يبق لها أثر بأن التحمت ونبت عليها الشعر فلا شىء فيها عند أبى

حنيفة، وقال أبو يوسف: فيها حكومة الألم، وقال محمد: فيها أجرة الطبيب ولا ضمان فى الضرب إذا لم يترك أثرا وإن كان موجعا.

ومن شج رأس إنسان موضحة فسقط شعر رأسه أو ذهب عقله وجب عليه الدية كاملة، وفى دخول أرش الموضحة فى هذه الدية قال الطرفان لا يدخل إلا فى دية الشعر والعقل، وقال أبو يوسف: يدخل فى دية الجميع إلا فى دية البصر وقال زفر: لا يدخل فى شىء من ذلك أصلا. فالجنايتان مختلفتان، ولكل أرش مستقل. ولأبى يوسف أن السمع والكلام والشم والذوق ونحوها من البواطن فيها أرش الموضحة كالعقل بخلاف البصر، وهذا الفرق منقوض بالشعر لأنه ظاهر ويدخل فيه أرش الموضحة. ولأبى حنيفة ومحمد أن التفرقة بين الشعر والعقل وبين غيرهما بينة ففى الشعر والعقل أصابت الجناية عضوا واحدا هو الدماغ بفعل واحد وبسبب واحد؛ فالذى حدث من الجانى هو فعل واحد ووجوب الأرش بسبب فوات الشعر وذلك متحقق فى الموضحة ولا يضير أن الفائت فيها أقل مساحة، الا يرى أنه إذا قطع رجل أصبع آخر فشلت اليد بسبب ذلك دخل أرش الأصبع فى دية اليد؟ كذلك هذا، وفى العقل تجب دية النفس كلها لفواتها معنى بفوات العقل فدخل فيها أرش الموضحة كما فى تلف النفس بطريق السراية من موضحة. أما السمع والبصر فإن سبب الوجوب فى كل منهما تفويت المنفعة المقصودة منه فاختلف المحل والسبب، وامتنع لذلك التداخل. وتدخل دية هذه الأشياء كلها فى دية النفس عند السراية إليها.

والشجاج كلها سواء فى التداخل قلت أو كثرت إذا لم يتجاوز أرشها الدية وإلا زيد على الدية بقدر زيادة الأروش عنها فلو كانت الشجاج أربع أو أن ذهب بسببها الشعر كان الواجب دية وثلث بعد سقوط قدر الدية من ديات الشجاج لتداخله فى الدية الواجبة بسبب سقوط الشعر.

وذهب زفر إلى أنه لا تداخل والواجب عندئذ ديتان وثلث دية ولو سقط بالموضحة بعض شعر رأسه نظر إلى أرش الموضحة وإلى حكومة العدل الواجبة فى الشعر فإن كانا سواء أو كان أرش الموضحة أقل من حكومة العدل لم يجب إلا أرش الموضحة، وإن كان أحدهما أكثر دخل الأقل فى الأكثر أيهما كان لأنهما واجبان لمعنى واحد فيتداخل الجزء فى الجملة.

وإذا قطع الكف وفيه ثلاثة أصابع فأكثر وجبت دية الأصابع ولا شىء فى الكف لأنه تبع، وإذا كان فيه أقل من ثلاثة أصابع وجب أرش ما بقى منها فيه وإن كان مفصلا

واحدا، ولا يجب فى الكف شىء عند أبى حنيفة؛ لأن الأصل عنده أنه إذا بقى فى الكف شىء من الأصابع له أرش معلوم، ولو كان مفصلا واحدا دخل أرش الكف فى أرش ما بقى من الأصابع. وعندهما يدخل القليل فى الكثير أيهما كان فينظر إلى حكومة العدل الواجبة فى الكف وإلى أرش ما بقى من الأصابع فيدخل أقلهما فى أكثرهما، ولو قطع اليد مع الذراع ففى الكف مع أصابعها الدية وفى الذراع حكومة العدل فى قول الطرفين، وقال أبو يوسف: يدخل أرش الذراع فى دية اليد، وعلى هذا الخلاف إذا قطع اليد من المنكب والرجل من الورك أو اليد من العضد أو الرجل من الفخذ فعند أبى حنيفة ومحمد أصابع اليد لا يتبعها إلا الكف فلا يدخل فى أرشها إلا أرش الكف وأصابع الرجل لا يتبعها غير القدم فلا يدخل فى أرشها إلا أرش القدم، وعند أبى يوسف أن ما فوق الكتف من اليد تبع وكذلك ما فوق القدم من الرجل فيدخل أرش التبع فى المتبوع.

وأما سائر جراحات البدن إذا برئت وبقى لها أثر ففيها حكومة العدل وإن لم يبق لها أثر فلا شىء فيها فى قول أبى حنيفة، أما إذا مات منها المجنى عليه سراية وكانت خطأ وكان المحدث لها أكثر من شخص واحد وكانت كلها مضمونة فالدية على من أحدث بعددهم ولا عبرة بعدد الجراحات فهى نصفان بين الجارحين وأثلاثا بين ثلاثة أحدثوا الجراح دون نظر إلى عدد الجراح من كل منهم وإن كان بعض الجراحات مضمونا وبعضها غير مضمون فالحكم كما يأتى: إذا جرح المجنى عليه شخص وسبع «فمات المجنى عليه فعلى الرجل نصف دية والنصف الآخر هدر لأن جناية العجماء هدر ولا عبرة فى هذا أيضا بعدد الجراحات مع ملاحظة جعل الجراحات غير المضمونة كلها وهى التى ليس لها حكم يلزم محدثها كجراحة واحدة يهدر بها نصف الدية.

وهذا إذا كان المجنى عليه حرا ذكرا فإن كان أنثى حرة فالواجب فى دية جروحها على النصف من الواجب فى جروح مماثلة لها من الحر الذكر لأنه إذا نصف بدل النفس إجماعا فكذا ينصف بدل ما دونها. وذهب أهل المدينة إلى أن المرأة تعاقل الرجل إلى ثلث ديتها فأرشها أرش الرجل إلى ثلث الدية فإن زاد على الثلث تنصف أرشها.

ولكن القول بما ذهب إليه أهل المدينة يؤدى إلى قلة الأرش عند كثرة الجناية وذلك غير معقول، وإلى هذا أشار ربيعة بن عبد الرحمن المعروف بربيعة الرأى فقد سأل سعيد بن المسيب عن رجل قطع أصبع امرأة فقال: فيها عشر من الإبل، قال: فإن قطع ثلاثة؟ قال: ففيها ثلاثون من الإبل. قال: فإن قطع أربعة؟ قال: ففيها عشرون من الإبل. فقال

ربيعة: لما كثرت جراحها وعظمت مصيبتها قل أرشها. فقال سعيد: أعراقى أنت قال لا بل جاهل متعلم أو عالم متبين فقال: هكذا السنة يابن أخى يعنى سنة زيد بن ثابت. واستناد سعيد إلى سنة زيد يدل على عدم ثبوت ما روى فى ذلك من حديث يؤيده وإلا لأحال على سنة رسول الله ﷺ.

أرش الجنين:

إذا ضربت حامل على بطنها فألقت جنينا وهو حر كانت فيه الغرة عبد أو أمة سواء ألقته حيا أم ميتا متى كان قد استبان بعض خلقه فظهر أنه جنين، فإن لم يستبن شىء من خلقه فلا شىء فيه؛ لأنه حينئذ مضغة ولا فرق بين أن يكون ذكرا أو أنثى. وقد روى عنه ﷺ أحاديث تقضى بذلك منها أنه قضى فى الجنين بغرة عبد أو أمة أو خمسمائة درهم وكان ذلك بيانا للغرة وتقديرا لها.

وذهب الشافعى إلى أنها مقدرة بستمائة درهم وذلك للاتفاق على أن الواجب فى الجنين نصف عشر الدية والدية تختلف فى قدرها بين عشرة آلاف واثنى عشر ألف درهم وتجب الغرة على العاقلة لما رواه المغيرة بن شعبة قال: كنت بين جاريتين فضربت إحداهما الأخرى بمسطح فألقت جنينا ميتا وماتت فقضى رسول الله ﷺ على عاقلة الضاربة بالدية وبغرة الجنين. وهى ميراث بين ورثة الجنين عند عامة العلماء، وقال مالك: لا تورث وهى للأم خاصة ولا كفارة على الضارب وأما إذا ألقته حيا ثم مات فالدية كاملة على الضارب. وعليه الكفارة لما تحقق أن ذلك قتل لنفس فى معنى الخطأ. وإذا خرج الجنين بعد موتها ميتا ففى الأم الدية ولا شى فى الجنين خلافا للشافعى، ووجه قول الحنفية أن موت الجنين يحتمل أن يكون بسبب موت الأم، ويحتمل أن يكون بسبب الضرب وإنما عرف الضمان بالنص فى حال مخصوصة وهى ما إذا خرج ميتا قبل موت الأم فيقتصر على ما ورد فيه النص.

ما تحمله العاقلة من الأروش:

إذا بلغ أرش الجناية فيما دون النفس نصف عشر الدية فصاعدا تحمله العاقلة وهو خمسمائة فى الذكور ومائتان وخمسون فى الإناث، أما فيما دون ذلك فلا تحمله العاقلة عند الحنفية؛ إذ إن تحملها على خلاف القياس وإنما صرنا إليه بحديث الغرة وهى نصف عشر الدية،أما ما دون ذلك فلا يتناوله هذا الحديث فبقى على الأصل فلا تحمله العاقلة.

وقال الشافعى: تحمل العاقلة القليل كما تحمل الكثير لأنها إنما حملت لمعنى النصرة منها وذلك متحقق فى القليل والكثير ثم ما بلغ نصف عشر الدية إلى ثلث الدية يؤخذ من العاقلة فى سنة. أما ما زاد على ذلك فيؤخذ فى السنة الثانية إلى ثلثيها وما زاد على ذلك ففى الثالثة مراعاة لحكم الدية كاملة.

وأما ما فيه حكومة العدل وهو ما لم يقدر له الشارع أرشا ففيما يلى بيانه.

جاء فى شرح الدر وابن عابدين عليه من كتاب الدية حكومة العدل إن كانت مثل أرش الموضحة أو دونها لا تتحملها العاقلة، وإن كانت أقل من ذلك فلا دية فيه عند أصحابنا واختلف فى ذلك المتأخرون فقال شيخ الإسلام: الصحيح عدم تحمل العاقلة ذلك، كذا «التتارخانية» ويقابله أن العاقلة تتحمله(١).

أحكام العفو عن الدية وما يترتب عليه:

إذا وقعت الجناية فتعين الجزاء فيها مالا دية أو أرشا كان لمن له الحق فيه أن يعفو عنه وأن يبرئ منه وكان لذلك حكم الإبراء من الدين ومراعاة وقته من أنه وقت صحة أو وقت مرض إذا كان العفو أو الإبراء عن المال عند وجوبه؛ فإن كان العفو عن القطع الذى يوجب المال سواء كان ذلك بنص الشارع أو بحكومة العدل فإما أن يكون عفوا فى حال العمد أو فى حال الخطأ، وفى كلتا الحالين إما أن يكون عن القطع وحده وإما أن يكون عن الجناية بأن قال عفوت عن هذه الجناية أو عن القطع وما يحدث منه.

إن كانت الجناية عمدا وقال المجنى عليه عفوت عن القطع لا يكون ذلك عفواً عن سرايته إذا سرى فترتب عليه الموت عند أبى حنيفة خلافا لصاحبيه وعلى ذلك يضمن القاطع الدية عنده، وهذا هو الحكم فى العفو عن الشجة أيضا. وقال الصاحبان يكون ذلك عفوا عن النفس أيضا فلا ضمان إذا مات لأن العفو حينما يضاف إلى الفعل من القطع أو الشجة لا يراد منه إلا موجبه لأن الفعل نفسه لا يحتمل العفو وموجبه، أما ضمان الطرف المقطوع إن اقتصر القطع فلم يسر وأما ضمان النفس إن سرى فصار ذلك كالعفو عن الجناية أو عن القطع وما يحدث منه؛ ولأن اسم القطع أو الشجة يتناول السارى منهما والمقتصر لأنه جنس يشمل العفو عنه ما يترتب على كل منهما كما إذا أمر إنسان آخر بقطع يده فقطعها وسرى ذلك إلى النفس لم يجب له شيء لأن إذنه بالقطع يتناوله فكذلك العفو عنه يتناول ما يحدث منه وكثيرا ما يذكر السبب ويراد به المسبب.

---

(١) ابن عابدين على الدردير جـ٥ ص٤١٦.

وقال أبو حنيفة: إن حق المجنى عليه فى القتل دون القطع وبالسراية تعين أن الجناية قتل منذ البداية ومع ذلك يكون عفوه عن القطع عفوا عن غير حقه فبطل، وتجب الدية ولم يجب القصاص للشبهة التى أورثها إضافة العفو إلى حقه من حيث الظاهر، وكذلك الحكم إذا كانت الجناية خطأ حتى إذا قال المجنى عليه عند قطع يده عفوت عن اليد كان عفوا عن دية النفس عندهما وعن دية اليد فقط عنده، ولو قال: عفوت عن الجناية أو عن القطع وما يحدث منه كان عفوا عن دية النفس بالإجماع، حتى إذا مات من هذا القطع لم تجب دية غير أنه يعتبر عفوه من ثلث التركة لأن موجبه المال، وقد حدث فى مرض موته لتعلق حق ورثته به كسائر أمواله بخلاف ما إذا كان القطع عمدا حيث يصح العفو من جمع المال لأن موجبه عندئذ القصاص ولم يتعلق به حق الورثة لأنه ليس بمال.

القسامة

يطلق اسم القسامة فى اللغة على اليمين والقسم وعلى الجماعة يقسمون على الشىء ويأخذونه أو يشهدون وعلى الأيمان. يقال: حكم القاضى بالقسامة أى باليمين، كما يطلق على أولياء الدم وعلى أيمانهم، وعن هذا أطلق فقط على الأيمان التى يحلفها أولياء الدم عندما يدعون القتل على غيرهم وعلى أيمان من ادعى عليهم إزهاق نفس على الصورة الآتى بيانها:

إذا وجد قتيل فى محلة أو دار أو فى موضع قريب من المحلة بحيث يسمع صوت من يصيح فيه من بالمحلة ولم يعرف قاتله كان لأولياء دم هذا القتيل أن يتخيروا من أهل هذا المكان الذى وجد فيه خمسين رجلا يعرض على كل منهم بناء على دعوى أولياء الدم وطلبهم أن يحلف بالله ما قتلته ولا علمت له قاتلا، فإذا حلفوا غرموا الدية. ومن نكل منهم حبس إلى أن يحلف أو يقر، وهذا عند الحنفية.

ولا قسامة إلا بعد دعوى على أهل المكان بالقتل وطلب لأيمانهم وذلك بعد أن يكون الذى وجد قتيلا وذلك بأن يكون به أثر القتل من جراحة أو خنق أو أثر ضرب أو نحو ذلك مما يدل على أنه قتيل، فإن لم يكن شىء من ذلك فلا قسامة ولا دية إذ الظاهر أنه حينئذ ميت حتف أنفه، ويجب أن يكون الموضع الذى وجد فيه القتيل مملوكا لأحد أو فى يد أحد وإلا فلا قسامة ولا دية، ولذا لا قسامة إذا وجد في موضع لعامة الناس أو لجماعة لا يحصون لأن القسامة إنما وجبت واستتبعت الدية لظهور تقصير أهل هذا الموضع فى المحافظة عليه وفى حراسته حتى وقع فيه ما وقع، فإذا لم تكن الحراسة

مطلوبة من أحد بعينه فلا تقصير ولا قسامة، ولذا لا قسامة فى قتيل وجد بالمسجد الجامع ولا فى طريق عام ولا فى حبس عام، وعندئذ تجب الدية فى بيت المال لأن تدبير أمر هذه المواضع العامة إلى السلطان فكانت الدية فى الأموال العامة.

وإذا لم يكن من أهل الموضع خمسون رجلا تكرر الأيمان عليهم حتى نكمل خمسين يمينا؛ لقضاء عمر رضى الله عنه بذلك بمحضر من الصحابة مع عدم إنكار أحد منهم. ولا قسامة فيما دون النفس من الجنايات.

ذلك ما ذهب إليه الحنفية، وقد استدلوا بما روى عن زياد بن أبى مريم قال: جاء رجل إلى النبى ﷺ قال: إنى وجدت أخى قتيلا فى بنى فلان، فقال عليه الصلاة والسلام: «اجمع منهم خمسين فيحلفون بالله ما قتلوه ولا علموا له قاتلا»، فقال: يا رسول الله أليس لى من أخى إلا هذا فقال ﷺ: «بل لك مائة من الإبل» فدل ذلك الحديث على أن القسامة واجبة على أهل المحلة لا على المدعى وعلى وجوب الدية عليهم مع القسامة.

وذهب الشافعى إلى أنه إذا وجد قتيل فى محلة منفصلة عن بلد كبير ولا يجاورها بلد كبير أو فى قرية صغيرة يسكنهما أعداء له أو أعداء لأهله وكان هناك لوث - والمراد به قرينة حالية أو مقالية تؤيد صدق المدعى للدم فى دعواه القتل على أحد من أهل هذا الموضع - كان لورثته الحق فى القسامة بشرط ادعاء القتل على شخص معين منهم مع بيان صفته من عمد أو خطأ وانفراد به أو اشتراك مع غيره فيه فيحلف المدعى خمسين يمينا على أن قاتله فلان عمدا أو خطأ، ولا يشترط تواليها على المذهب، وإذاتعدد الورثة بأن كان له أكثر من وارث وزعت الخمسون عليهم بحسب الإرث. وفى قول: يحلف كل منهم خمسين يمينا ولو نكل أحدهم كمل الآخر الأيمان وأخذ حقه فى الدية كما هو الحكم فى حال غيبة أحدهم، وإن أبى الحاضر أن يحلف انتظر حضور الغائب فإن حلفوا استحقوا الدية على عاقله المدعى عليه سواء كانت الدعوى بقتل خطأ أم عمدا.

وقد استدل الشافعى رحمه الله تعالى فقال: أخبرنا مالك[1] عن ابن أبى ليلى بن عبد الله بن عبد الرحمن عن سهل بن أبي حيثمة أنه أخبره رجال من كبراء قومه أن عبد الله بن سهل ومحيصة خرجا إلى خيبر من جهد أصابهما فتفرقا فى حوائجهما فأتى محيصة فأخبر أن عبد الله بن سهل قد قتل وطرح فى فقير[2] أو عين فأتى يهود فقال

---

(١) الأم جـ٦ ص٧٨.

(٢) الفقير مخرج الماء من القناة.

أنتم والله قتلتموه، فقالوا: والله ما قتلناه فأقبل حتى قدم على قومه فذكر ذلك لهم فأقبل هو وأخوه حويصة وهو أكبر منه وعبد الرحمن بن سهل أخو المقتول فذهب محيصة يتكلم وهو الذى كان بخيبر فقال رسول الله ﷺ لمحيصة: كبر كبر يريد السن فتكلم حويصة ثم تكلم محيصة فقال رسول الله ﷺ إما أن يدوا صاحبكم وإما أن يؤذنوا بحرب فكتب إليهم رسول الله ﷺ فى ذلك فكتبوا إليه إنا والله ما قتلناه، فقال رسول الله ﷺ لحويصة ومحيصة وعبد الرحمن أتحلفون وتستحقون دم صاحبكم قالوا: لا، قال: فتحلف يهود، قالوا: ليسوا بمسلمين فوداه رسول الله ﷺ من عنده فبعث إليهم بمائة ناقة حتى أدخلت عليهم الدار. قال سهل لقد ركضتنى منها ناقة حمراء. قال الشافعى: أخبرنا الثقفى قال: حدثنى يحيى بن سعيد وأخبرنا ابن عيينة عن يحيى بن سعيد عن بشير بن يسار عن سهل بن أبى حيثمة عن النبى ﷺ مثل معنى حديث مالك.

قال الشافعى: فإذا كان مثل هذا السبب الذى حكم به رسول الله ﷺ فيه بالقسامة حكمنا بها وجعلنا فيها الدية على المدعى عليه، وإذا لم يكن مثل ذلك السبب لم نحكم بها، فإن قال قائل وما مثل السبب الذى حكم فيه رسول الله ﷺ؟ قيل: كانت خيبر دار يهود التى قتل فيها عبد الله بن سهل محضة لا يخلطهم فيها غيرهم، وكانت العداوة بين الأنصار واليهود ظاهرة وجرح عبد الله بن سهل بعد العصر ووجد قتيلا قبل الليل فكاد أن يغلب على من علم هذا أنه لم يقتله إلا بعض يهود، وإذا كانت دار قوم محققة لا يخلطهم فيها غيرهم وكانوا أعداء للمقتول أو قبيلته ووجد القتيل فيهم فادعى أولياؤه قتله فيهم فلهم القسامة، وكذلك إذا كان مثل هذا المعنى مما يغلب على الحاكم أنه كما يدعى المدعى على جماعة أو على واحد، وذلك مثل أن يدخل نفر بيتا فلا يخرجون منه إلا وبينهم قتيل، وكذلك إن كانوا فى دار وحدهم؛ لأن الأغلب أنهم قتلوه أو قتله بعضهم، وكذلك أن يوجد فى صحراء أو ناحية ليس إلى جنبه عين ولا أثر إلا رجل واحد مختضب بدمه فى مقامه ذلك، أو يوجد قتيل فتأتى جماعة متفرقة من المسلمين من نواح لم يجتمعوا فيثبت كل واحد منهم على الانفراد على رجل أنه قتله فتتواطأ شهادتهم ولم يسمع بعضهم شهادة بعض، وإن لم يكونوا ممن يعدل فى الشهادة أو يشهد شاهد واحد عدل على رجل أنه قتله؛ لأن كل سبب من هذا يغلب معه على عقل الحاكم أنه كما ادعى ولى الدم أو أولياؤه، ولهم عند ذلك أن يحلفوا على واحد من أهل القرية أو البيت أو الجماعة أو على أكثر من واحد أنه القاتل، وإذا وجبت القسامة فلأولياء القتيل أن يقسموا وإن كانوا غيبا عن موضع القتيل؛ لأنه قد يمكن أن

يعلموا ذلك باعتـراف من القاتل أو بينة تقوم عندهم لا يقبل الحـاكم منهم غير ذلك من وجوه العلم التى لا تفيد قطعا.

وذهب المالكية إلى أن القسامة خمسون يمينا متوالية على البت لا على نفس العلم بالقاتل وتجب عندما يوجد قتـيل فى ظروف ينشأ عنها غلبة الظن بصدق المدعى، وذلك قد يكون عند ادعاء القـتل على معين عمدا أو ادعائه على غـير معين من جماعـة معينة عمدا أو خطأ مع وجود قرائن تؤيد المدعى فى دعواه وتورث الظن بصدقه فإذا ادعى ولى القتيل على آخر أنه قتل موليه عمدا، وكان ذلك مع اللوث وحلف خمسين يمينا أن فلانا المدعى عليه قد قتل فلانا عمدا فإنه يقتص من المدعى عليه. ومن اللوث أن يقول القتيل قبل وفاته قتلنى فلان عمدا أو خطأ فإنه عند ذلك يقبل قوله ويكون لوثا بشرط أن يشهد على إقـراره عدلان فأكـثر وأن يصـبر على قـوله إلى وفاته، وأن يكون بـه جرح أو أثر ضرب وإذا أطلق فلم يذكر عمدا ولا خطأ كـان للولى البيان وعليه أن يقسم على ذلك، فإذا حلف على العمد خمسين يمينا اقتيد له وإن حلف على الخطأ خمسين يمينا أخذ الدية وإذا تعدد الأولياء واختلفوا فى وصف القتل فـلا قسامة، ومثله فى الحكم إذا قالوا كلهم قتله عمدا ونكلوا عن اليمين.

أما فى دعوى الخطأ إذا اختلفوا فى الوصف بعـد ذلك فقال بعضهم لا نعلم أكان القتل عـمدا أم خطأ فلمدعى الخطأ أن يحلـف خمسين يمينا وله خطر من الدية كـما لو نكل بعضهم عن اليـمين بلا خلاف بينهم - وإذا حلفوا كل منهم خمسين يمينا اسـتحقوا الدية على عـاقلة المدعى عليه وإذا شـهد اثـنان على أن القاتل الذى شـاهدوه دخل فى جماعة ولا يعلمون من هو منهم كان على كل فرد من الجماعة أن يحلف خمسين يمينا. فإذا حلفوا جميـعا أو نكلوا جميعا فالدية فى أموالهم واجـبة للأولياء وإن حلف بعضهم ونكل البعض فالدية علـى الناكل وحده فى ماله بلا قسامـة على الأولياء، وهذا إذا كان القتل عمدا، فلو كان خطأ فالدية على عاقلتهم إن حلفوا أو نكلوا.

وفى «المدونة» قال مـالك: إذا ادعى أولياء الدم على جـماعة أن فـلانا منهم قتل موليهم عـمدا وأقسموا على ذلك كل خمـسين يمينا وكان لهم لوث من بينة أو تكلم من المقتول أو قامت البينة على أنهم ضـربوه ثم مات أيكون لهم القود من المدعى عليه قال: نعم فإن ادعوا أن القتل خطأ وجاءوا بلوث من بينة على أنهم ضربوه وأقسموا على ذلك خمسين يمينا فإن لهم الدية.

وعند الحنابلة لا قسامة إلا بشروط أحدها دعوى القتل عمدا أو خطأ أو شبه عمد على واحد معين مع اللوث. واللوث هو العداوة الظاهرة كالضغن بين المقتول والقاتل واتفاق الأولياء فى الدعوى فإن كذب بعضهم بعضا فادعى أحدهم القتل وخالف آخر فلا قسامة.

وإذا كانت على أهل مدينة أو أهل محلة أو على غير معين لم تسمع ولابد أن يكون من المدعين ذكر واحد على الأقل ويبدأ بأيمان المدعين فيحلف كل خمسين يميناً أن فلانا المدعى عليه قتله فإذا حلفوا ثبت حقهم قبله وإن نكلوا حلف المدعى عليه خمسين يمينا فإن حلف برئ فإذا كانت الدعوى عمدا استحقوا القود بأيمانهم إلا أن يمنع مانع منه وإذا ردت اليمين إلى المدعى عليه حلف خمسين يمينا بالله ما قتلته ولا أعلم له قاتلا فإن لم يحلف وجبت الدية فى ماله. والله أعلم وهو الموفق للصواب.

محتويات الكتاب

صفحة

القسم الأول
دراسة لأهم مسائل الضمان فيما يتلف من الأموال مع الموازنة بين آراء الفقهاء

القسم الثانى
الكفالة - الديات